Münster 1936 No 5 Jur DiSS

Über den Begriff der Zueignung im deutschen Strafgesetzbuch

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Rechtswissenschaftlichen Doktorwürde
einer
Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der
Westfälischen Wilhelms-Universität
zu
Münster i. W.

Vorgelegt von
Werner Feldscher
Regierungsreferendar
aus Hagen

Buch- und Kunstdruckerei Wilh. Postberg, Bottrop i. W.
1936

Referent: Herr Prof. Dr. Drost
Korreferent: Herr Prof. Dr. Sauer

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Dem Gedenken meines Vaters

Meiner lieben Mutter in Dankbarkeit
zugeeignet

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547203_0155

Literatur-Verzeichnis.

(Lehrbücher und Kommentare.)

Allfeld: Lehrbücher des deutschen Strafrechts, begründet von Hugo Meyer, 8. Aufl., Leipzig, 1922 u. 9. Aufl. Allg. Teil, 1934. (Aufl. jeweils genannt.)

Beling: Grundzüge des Strafrechts, 11. Auflage, Tübingen, 1930.

— Die Lehre vom Verbrechen, Tübingen, 1906.

Binding: Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, Bd. I, 2. Aufl., Leipzig 1902.

— Die Normen und ihre Übertretung, Bd. II 2, 2. Aufl., Leipzig 1916.

Birkmeyer: Das Strafrecht (in seiner Enzyklopädie), 2. Auflage, Berlin 1904.

van Calker: Strafrecht, 3. Auflage, München 1927 (Grundriß zu Vorlesungen und Leitfaden zum Studium) und 4. Aufl., 1933. Die Auflage ist im Text angemerkt.

von Böhm-Bawerk: Grundzüge der Theorie des volkswirtschaftlichen Güterwertes im Jahrbuch für Nationalökonomie und Statistik, herausgegeben von Conrad, neue Folge, Bd. 13, Jena 1886.

Denkschrift: Nationalsozialistisches Strafrecht. Denkschrift des preußischen Justizministers. Berlin, 1933.

Ebermayer-Lobe-Rosenberg: Das Reichsstrafgesetzbuch. 4. Auflage, Berlin und Leipzig, 1929.

Finger: Strafrecht (in Stammlers Enzyklopädie). Berlin, 1932.

Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., 1931.

Gerland: Deutsches Reichsstrafrecht. Berlin und Leipzig, 2. Aufl., 1932.

Gierke: Deutsches Privatrecht, Bd. II, Sachenrecht, 1905.

Hälschner: Das gemeine deutsche Strafrecht. 2. Bd., 1. Abtl., Bonn 1884.

v. Hippel: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Berlin, 1933.

Hübner: Grundzüge des deutschen Privatrechts, 5. Aufl., Leipzig, 1930.

Haff: Institutionen des deutschen Privatrechts, Bd. 1, Stuttgart, 1927.

Harburger: Diebstahl und Unterschlagung. In den vergleichenden Darstellungen des deutschen und ausländischen Strafrechts, 6. Bd., besonderer Teil, 1907, S. 183 ff.

Köhler: Deutsches Strafrecht, Allg. Teil, Leipzig 1917.

Kohler: Leitfaden des deutschen Strafrechts, Leipzig, 1912.

— Einführung in die Rechtswissenschaft, 5. Aufl., Leipzig, 1919.

Kohlrausch: Strafgesetzbuch 1930.

Liepmann: Einleitung in das Strafrecht, Berlin, 1900.

v. Lilienthal, Grundriß zu Vorlesungen über deutsches Strafrecht. 4. Auflage, Berlin, 1916.

v. Liszt-Schmidt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, begründet von v. Liszt, 25. Aufl., Berlin, 1927.

Merkel: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Stuttgart, 1889.

Oppenhoff: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, herausgegeben von Delius, 14. Auflage, Berlin, 1901.

Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 11. Auflage, Berlin, 1927.
Planitz: Grundzüge des deutschen Privatrechts, in der Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaften, herausgegeben von Kohlrausch, Kaskel und Spiethoff, Berlin, 1925.
Rüdorff-Stenglein: Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 4. Aufl., Berlin, 1892.
R. Schmidt: Grundriß des deutschen Strafrechts, Leipzig, 1925.
M. Stenglein: Kommentar zu den strafrechtlichen Nebengesetzen, 5. Auflage, 1931, Bd. II.
Schwartz: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Berlin, 1914.
v. Schwerin: Grundzüge des deutschen Privatrechts, 2. Aufl., Berlin, 1928.
Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl., 1929.
Thommsen: Das deutsche Strafrecht, Berlin, 1906.
Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Berlin 1906/9. (B: Besonderer Teil.)
Wachenfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, München, 1914.

Monographien.

Dörr, Friedrich: Über das Objekt bei den strafbaren Angriffen auf vermögensrechtliche Interessen. Preisschrift der Münchener Juristenfakultät. Breslau, 1897.
Blümel: Diebstahl und Unterschlagung unter besonderer Berücksichtigung des Zueignungsbegriffes, Diss. Breslau, 1929.
Bülow, Ernst von: Ist die Absicht der Weitergabe einer Sache an einen Dritten als Zueignungsabsicht im Sinne des R. Str. G. B. anzusehen? Diss. Rostock, 1917.
Draheim: Untreue und Unterschlagung, in strafrechtlichen Abhandlungen, herausgegeben von v. Lilienthal, Heft 39, Breslau, 1901.
Eckstein: Über den Begriff der strafrechtlichen Zueignung. Gerichtssaal, Bd. 80, Heft 4/6, 1913.
Feisenberger: Die widerrechtliche Hebung fremder Sparkassenguthaben, Diss. Frankfurt a. M., 1885.
Gebauer, Kurt: Der strafrechtliche Schutz wertloser Gegenstände, in „Strafrechtliche Abhandlungen des juristischen Seminars der Universität Breslau, herausgegeben von Prof. Bennecke, Breslau 1893, Heft 1.
Gleispach, Graf: Die Veruntreuung an vertretbaren Sachen, I. Teil, Berlin 1905.
Heinrichs, Erich: Die unberechtigte Aneignung im Entwurf eines Allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches von 1927. Diss. Freiburg, 1930.
Hippel, R. v.: Ist Diebstahl an fließendem Wasser möglich? Diss. Halle 1895.
Höpfner: Diebstahl und Unterschlagung im Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch. Berlin, 1910.
John: Bemerkungen zu Urteilen der Strafsenate des Reichsgerichts. Z. Str. W. Bd. 1, 1881.
Kapff, Arthur: Die Unterschlagung. Diss. Tübingen, 1879.
Krebs, Walther: Über den Begriff der Zueignung bei Diebstahl und Unterschlagung. Diss. Breslau, 1915.
Maschke, R.: Das Eigentum im Zivil- und Strafrechte. Berlin und Leipzig, 1895.
Pohl, Arthur: Zueignung einer fremden Sache durch Verschenken. Diss. Breslau, 1925.

Pradzynski, von: Das Verhältnis der Sachbeschädigung zur Aneignung. Diss. Gießen, 1908.
Prühß: Das verletzte Schutzobjekt beim Diebstahl. Diss. Freiburg, 1902.
Rotering: Zeit- und Streitfragen. Im Archiv für Strafrecht, begründet von Goltdammer, herausgegeben von Kohler, 47. Jahrgang, S. 241 ff.
Paulus, Rudolf: Der Gegensatz zwischen Zueignungs- und Bereicherungsabsicht unter besonderer Berücksichtigung der amtlichen Entwürfe eines Allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches vom Jahre 1925 und 1927. Diss. München, 1932.
Schaffstein: Der Begriff der Zueignung bei Diebstahl und Unterschlagung, Gerichtssaal, Bd. 103, Heft 5/6, S. 292 ff.
Schappei, Wilhelm: Der Zueignungsbegriff im geltenden Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich und im Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches von 1927. Diss. Erlangen, 1928.
Saerbeck, Ludger: Das Wesen der Zueignung. Diss. Erlangen, 1928.
Sauer: Schließen sich Diebstahl und Sachbeschädigung begrifflich aus? Diss. Halle, 1908.
— Über den Zueignungsbegriff. Im Archiv für Strafrecht und Strafprozeß, begründet durch Goltdammer, Bd. 63, 3/4 Heft, 1917.
Siebert: Ein Beitrag zur Lehre von der Zueignung. Diss. Freiburg, 1929.
Tänzler: Das Wesen der Zueignungsdelikte. Breslau 1931. Diss.
Than: Der Begriff der Zueignung bei Diebstahl und Unterschlagung nach geltendem Recht und unter Berücksichtigung der neuesten Strafgesetzentwürfe. Diss. Breslau, 1915.
Thode: Die sogenannte Unterschlagung vertretbarer Sachen, in strafrechtliche Abhandlungen, begründet von Bennecke, herausgegeben v. Lilienthal, Heft 210, 1926, Breslau.
Ullmann: Emanuel: Über den Dolus beim Diebstahl, Mannheim 1870.
Villnow, Carl: Raub und Erpressung, Breslau, 1875.
Zimmer: Der Zueignungsbegriff. Diss. Halle, 1913.

Abkürzungen.

D. J. Z.:	Deutsche Juristenzeitung.
J. W.:	Juristische Zeitschrift.
V. D. B.:	Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Besonderer Teil.
G. S.:	Gerichtssaal.
G. A.:	Archiv für Strafrecht und Strafprozeß. Begründet durch Goltdammer.
L Z.:	Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht.
E.:	Entscheidungen des Reichsgerichts.
„Schließen sich usw.“:	„Schließen sich Diebstahl und Sachbeschädigung begrifflich aus?“ (Sauer).
Z. Str. W.:	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Vorbemerkung 1

I. Geschieht die Zueignung durch Gewinnung der Substanz oder durch Gewinnung des Wertes der Sache? . . . . . .

a) Die Substanztheorie 2

b) Die Sachwerttheorie 18

1. Die objektive Wertbestimmung 18

2. Die subjektive Wertbestimmung 27

c) Die Einheitstheorie. (Verknüpfung der Einzelfundamente, Ausbau und Begründung.) 36

II. Die Form der Zueignung. (Handlung oder Entschluß.) Anschließend die Fassung des Zueignungsbegriffes 47

Vorbemerkung.

Das Ziel des Verfassers war, aus dem Streit der Theorien herauszugelangen, um von einer gemeinsamen Grundlage aus zu einem allgemeingültigeren Ergebnis zu kommen. Hierzu war eine Auseinandersetzung mit den Theorien unumgänglich. Es sei aber gleich bemerkt, daß eine eingehende Darstellung der Theorien nicht gewollt und auch nicht erforderlich ist, da sich schon Zimmer a. a. O., Schappei a. a. O. u. a. dieser förderlichen Arbeit unterzogen haben.

Aus diesem Bestreben ergab sich von selbst die Stellung des Verfassers zu den einzelnen Theorien. Das Positive sollte ausgewertet, die Mängel sollten nach Möglichkeit verringert werden, um später die Formulierung der Einheitstheorie mit möglichst wenig Angriffspunkten vornehmen zu können.

Im ersten Abschnitt soll die Frage behandelt werden, ob die Zueignung durch Gewinnung der Substanz oder des Wertes der Sache erfolgen muß. Im zweiten Abschnitt war die Frage nach der Form der Zueignung kurz zu prüfen.

Die Grundlage der Untersuchung bilden die Tatbestände der §§ 242, 246 StrGB., wobei die ebenfalls in diesen Bereich fallenden oder an ihn herangrenzenden Tatbestände gebührend berücksichtigt wurden.

I. Geschieht die Zueignung durch Gewinnung der Substanz oder durch Gewinnung des Wertes der Sache?

a) Die Substanztheorie.

Die Frage nach dem Objekt der Zueignung ist durch das Gesetz eindeutig beantwortet. Es kann nur eine Sache sein, die im Eigentum eines andern steht. Fraglich ist nur, ob die Zueignung geschehen muß durch die Gewinnung der Substanz oder des Wertes der Sache.

Diese Frage ist wohl eine der umstrittensten des Strafrechts. Schuld an der großen Begriffsunsicherheit trägt das Gesetz selbst, da es ihn nicht näher umschreibt, sondern seine Bestimmung Wissenschaft und Rechtsprechung überläßt. Seit Bestehen des Strafgesetzbuches kämpfen zwei Meinungen um die Herrschaft, wobei die Rechtsprechung des Reichsgerichts außerordentlich schwankend war und sich erst im letzten Jahrzehnt einigermaßen konsolidiert hat. Bei den beiden sich gegenüberstehenden Theorien ist eine inhaltliche Fortbildung nicht festzustellen, trotz der zahlreichen, gerade im Zeitraum nach dem Weltkrieg erschienen Spezialliteratur. Das Gesetz bestimmt ausdrücklich als Objekt eine Sache. Hieran schlossen sich nun die rein physikalische Auffassung und, in Erkenntnis der mit einer solchen Auslegung verbundenen Schwierigkeiten, die ökonomische Interpretation an. Damit war der jeweilige Begriffskreis eng umschrieben und jede „Fortentwicklung" konnte und kann bei Beschreitung dieser Wege nur eine bekräftigende Wiederholung des Für und Wider sein [1]). Erst seit wenigen Jahren ist ein neuer Auftrieb festzustellen, wenn man bereit ist, diesen in einer Kombination der sonst unverträglichen Theorien zu erblicken [2]).

Gegenstand der Zueignung ist die Sache. Legt man lediglich den Wortlaut zugrunde oder beschreitet man, wie Schaffstein a. a. O. meint, den Weg der positivistischen Interpretation, so wird man notwendig zu der Auffassung gelangen müssen, daß Gegenstand der Zueignung die Sache in ihrer physikalischen Existenz ist. Der raumfüllende Körper, den der Täter mit seinen Sinnen wahrnehmen kann, ist Zueignungsobjekt.

Stellt man nun die Beziehung zu dem danebenstehenden Ausdruck zu e i g n e n her und berücksichtigt man, daß die Eigenschaft der Sache fremd sein muß, d. h. in eines anderen Eigentum stehen soll, so ist der Weg zum zivilistischen Eigentumsbegriff

---

[1]) Vgl. die angef. Diss.
[2]) v. Calker, Blümel, Schaffstein. RG

beschritten [3]). Man muß Schappei bei Anwendung der Wortinterpretation zunächst durchaus zustimmen, wenn er als Gegenstand der Zueignungsdelikte die Substanz der Sache als Objekt rechtlicher Herrschaft bezeichnet [4]). Diese notwendige Verknüpfung von Sachtheorien und Herrschaftsgedanken führt dann logischerweise zur formalen Theorie, d. h. zur rein formalen Begriffsbestimmung der Zueignung [5]). Eine Unterschiedlichkeit der Definitionen innerhalb dieser Gruppe ergibt sich lediglich aus der Stellungnahme zu der Gewahrsamsfrage. Danach heißt es entweder „Herstellung eines Herrschaftsverhältnisses" [6]), „Anmaßung ..... der Herrschaft" [7]), oder „Ausübung des Eigentumsinhaltes" [8]) (Herrschaftsinhaltes). Die Grundauffassung ist, wie angedeutet, in der engen Verknüpfung der Sache mit dem an ihr existenten Herrschaftsrecht zu erblicken, darin, daß der Diebstahl ein Verbrechen gegen das formale Eigentumsrecht bedeutet [9]). Was dieses formale Eigentumsrecht gewährt, ist im § 903 BGB. bestimmt: ein Recht zur Herrschaft, das nur durch entgegenstehende Rechte Dritter eingeschränkt ist. „Soll der Begriff der Zueignung nicht völlig sinnlos sein, so muß er in Beziehung zum Eigentum stehen. Man hat daher vom Eigentum auszugehen, mit der Maßgabe, daß nicht der rechtliche Schutz, sondern die tatsächliche Gestaltung entscheidet", sagt Tänzler [10]). Es ist unbestritten, daß es sich um das Recht nie handeln, der Täter das Recht grundsätzlich nie erwerben kann. So soll es richtigerweise nach Tänzler nur ein Pseudo-Eigentumsverhältnis sein. Man bezeichnet nun diejenigen Fälle als eine Ausnahme zugunsten des Eigentumserwerbes, in denen das Zivilrecht Eigentum durch Realakte entstehen läßt [11]) [12]). Sieht man genauer zu, so wird die Berechtigung dieser Annahme sehr bedenklich. Die strafrechtliche Zueignung kann nie mehr sein als eine wahrnehmbare Realität zwischen Täter und Sache. Daß zufällig zivilrechtliche Eigentumserwerbstatbestände das an der strafrechtlichen Zueignung Fehlende ergänzen und diese mit der scheinbaren Fähigkeit der Rechtsschöpfung ausstatten, darf nicht zu einer Verkennung der Grundlagen führen, auf denen dieser Vorgang beruht. Es ist hier allein die zivilrechtliche Sanktion, die das Eigentumsrecht verschafft. Lediglich hinsichtlich der Lebensvorgänge liegt eine Identität vor. Die strafrechtliche Zueignung bleibt auch hier nur ein Minus gegen-

---

[3]) Dazu unten Ic.

[4]) a. a. O., S. 56.

[5]) Wie Schappei u. a. Merkel, a. a. O., S. 318; Gerland, a. a. O., S. 574; Wachenfeld, a. a. O., S. 374; Lobe, Komm. § 242, II. 1. c.; Paulus, a. a. O., S. 15; Siebert, a. a. O., S. 55.

[6]) Binding, Lehrbuch Bes. T. 1., S. 268.

[7]) Siebert, a. a. O., S. 55.

[8]) Liszt-Schmidt, a. a. O., S. 617.

[9]) Gebauer, a. a. O., S. 58 ff.

[10]) a. a. O., S. 11.

[11]) Für alle vgl. Tänzler, a. a. O., S. 12. So z. B. §§ 946, 948, 950 BGB.

[12]) Vgl. auch Binding, Lehrb. Bd. I S. 267.

über dem Recht, das dem Täter von neutraler Stelle aus tatsächlichen und rechtspolitischen Gründen gewährt wird. Hier von Ausnahmen bei der strafrechtlichen Zueignung zu sprechen, ist somit nicht gerechtfertigt. Von einer Ausnahme könnte nur dann die Rede sein, wenn die strafrechtliche „Zueignung" aus sich selber heraus zum Eigentumserwerb führen würde.

Was nun Tänzler u. a. über das Wesen der Zueignung ausführen, ist im Grundsätzlichen eine Wiederholung Bindings und derer, die in seine Fußtapfen getreten sind. Binding hat die Stellung des Täters zur Sache als ein tatsächliches Verhältnis gekennzeichnet, dem es, um Eigentum zu sein, lediglich an der rechtlichen Sanktion mangelt [13]). Jeder Akt sei Zueignungsakt, der sich als Herrschaftsbetätigung unter grundsätzlicher Verneinung des Eigentümerwillens darstelle [14]). Allein, eine solche Begriffsbestimmung, lediglich aus der rein formalen Relation des Täters zum Tatobjekt bestehend, ist, wie man sehen wird, mit soviel wesentlichen Mängeln behaftet, daß sie auf Alleingültigkeit keinen Anspruch erheben kann [15]).

Es sollen nun zunächst die Hauptmomente erörtert werden, die gegen die Formaltheorie als Folge der angegebenen Interpretation des Merkmals Sache vorgebracht worden sind, um dann, an demselben Ausgangspunkt wie die Formaltheorie anknüpfend, zur sogenannten Sachwerttheorie zu gelangen.

1. Die formalen Begriffsbestimmungen, die sich aus der Auffassung von dem Objekt der Zueignung als Sachsubstanz ergeben müssen, enthalten keine einwandfreie Abgrenzung von der unter § 303 StrGB. fallenden Sachzerstörung.

Hierbei ist zu beachten, daß es sich nicht um die Sachbeschädigung, sondern um die Sachzerstörung, also um eine Substanzverletzung handelt, durch die die Sache „für ihre Zwecke völlig unbrauchbar wird". (Frank, a. a. O. § 303 II. 2, z. B. das Zertrümmern einer Kristallschale).

Zueignung und Zerstörung sind einander widersprechende Begriffe. „Wer eine Sache ergreift, um sie zu vernichten, will das Gegenteil der Aneignung" [16]). Nach der hier behandelten Lehre Bindings müßte nun die Zerstörung als Herrschaftsakt, „der den Eigentümerwillen verneint", unter den Zueignungsbegriff fallen. Ja, geht man mit dem Maßstab dieser Zueignungsauffassung an die Klärung des Verhältnisses von Zueignung und Zerstörung heran, so möchte man letztere geradezu als den „Idealfall" der Zueignung bezeichnen. (Gleispach, a. a. O. S. 29) [17]). „Keinesfalls", sagt jedoch Lobe [18]) in Übereinstimmung mit Binding, „liegt in der Zerstörung selbst schon eine Zueignung". Es ist aber durch-

[13]) Lehrb. a. a. O., S. 268.
[14]) Ebenda, S. 269.
[15]) Auch Blümel, S. 15; Schaffstein, a. a. O., S. 302.
[16]) Binding, a. a. O., S. 268.
[17]) Ebenso Krebs, a. a. O., S. 19; Pradzynski, a. a. O., S. 45.
[18]) Leipziger Kommentar, § 242 II. B. c.

aus nicht so, daß „das Recht des Eigentümers, seine Sache zu vernichten, nur in unklaren Köpfen existiert“ [19]). Zugegeben sei, daß die Sozialfunktion des Eigentums die Individualfunktion bindet, also ein durchaus überlegenes und gerechtfertigtes Gemeinschaftsinteresse an der Güter- und Werterhaltung besteht. Zu scheiden sind aber die Begriffe Interesse und Recht. Binding bestreitet nun das Bestehen eines Rechtes jedes Individuums auf Zerstörung der ihm gehörenden, beweglichen Sache [20]). Das ist m. E. de lege lata unrichtig. Grundsätzlich ist jedes Eigentum mit einer unbeschränkten Herrschaftsbefugnis für den Eigentümer ausgestattet. Erst Gesellschaft und Staat, bzw. die durch diese gesetzte Rechtsordnung, beschränken das Eigentum. Hier sind z. B. das Nachbarrecht des BGB. §§ 905 ff. und die Bestimmung des Art. 153 Abs. II der Reichsverfassung vom 11. August 1919 zu nennen. In Abs. 3 des Art. 153 heißt es, daß der Gebrauch des Eigentums zugleich Dienst sein soll für das Gemeine Beste. Dadurch wird aber das Eigentumsrecht nicht angetastet oder beschränkt, da diese Bestimmung nur die „Richtschnur für den Gesetzgeber“ abgeben und zugleich die „s o z i a l e Verpflichtung“ für den Eigentümer umschreiben soll [21]). Es ist nun unbestreitbar, daß nur, soweit durch materielles Gesetz Rechte der Gesellschaft oder des Staates begründet sind, das Herrschaftsrecht des Eigentümers beschränkt wird. Darüber hinaus besteht jedoch das sich aus § 903 BGB. ergebende Recht dem Eigentümer selbst zu. „So ist die Sache der Herrschaft des Einzelnen überlassen, gewissermaßen zur Willkür.“ „Soll das Eigentum der Freiheit des Menschen dienen, so kann man die Eigentumsherrschaft nicht unter Aufsicht stellen“, sagt Kohler allgemein [22]), indem er aber die aus der der Kultur dienenden Rechtsordnung sich ergebenden „Willkürschranken“ anerkennt.

Dafür, daß dieses Herrschaftsrecht nicht die Zerstörungsbefugnis mitumfassen soll, liegt ein r e c h t l i c h relevanter Grund nicht vor. Kein vernünftiger Mensch wird einem wohlhabenden Manne das Recht zur Zerstörung seines Fracks aus reiner Freude an der Vernichtung bestreiten, wenn dieser Mann bereit ist, das geringschätzende Urteil seiner Mitmenschen über diese wirtschaftlich widersinnige Handlungsweise zu quittieren. Der Bindingsche Ausdruck, es läge darin nicht eine erlaubte Eigentumsausübung, sondern eine „nicht verbotene Eigentumsvernichtung“ [23]), ist nicht nur wegen seiner Verbaldogmatik abzulehnen, sondern ist auch falsch. Denn eine Herrschaft, der kein Verbot entgegensteht, kann ich, rechtlich gesehen, ausüben. Erstreckt sie sich auf eine Sache, so kann ich sie vernichten. Das aber ist es doch, was Binding und die übrigen Vertreter dieser Richtung (vgl. oben S. 3

---

[19]) Binding, Normen II 1039 und Lehrb. Bd. I S. 268.

[20]) Z. B. eines Spazierstockes.

[21]) Poetzsch-Heffter, Kommentar der RV. Art. 153, 10.

[22]) Einführung in die Rechtswissenschaft, 5. Aufl. 1919, S. 39.

[23]) Lehrbuch, Bd. 1, S. 268.

Anm. 4) wollen: die tatsächliche Herrschaftsstellung, die soweit gehen soll, wie die rechtliche Stellung des Eigentümers. Andernfalls würde bei einer evtl. „Sanktion“ [24]) der Täter weniger Rechte haben, als der früher gesetzmäßig Berechtigte.

Krebs [25]) macht unter Hinweis auf Sauer, „Schließen sich usw.“, a. a. O. S. 16, Binding den Vorwurf, daß hier doch keine Eigentumsvernichtung, sondern Sachvernichtung vorliege. Das mag oft zutreffen, wird aber nicht regelmäßig sein. So kommt in den Fällen, in denen mit der Sachvernichtung oder -zerstörung zugleich die Existenz des körperlichen Gegenstandes aufhört, auch das an die Sache gebundene Eigentum in Fortfall. Höpfner [26]) hat diese Klippe dadurch vermeiden wollen, daß er verlangte: Herstellung des Herrschaftsverhältnisses zu dem Zwecke einer solchen Behandlung der Sache, wie Eigentümer solcher Sachen sie zu benutzen pflegen. Diese Beschränkung kann jedoch unmöglich Unterscheidungskriterium sein. Es würde schwer halten, die Verkehrssitte, die in dem Wort pflegen zum Ausdruck kommt, festzustellen. Die Verkehrssitte ist in Millionärskreisen eine gänzlich andere wie in den Kreisen weniger begüterter Volksgenossen. Trotzdem würde die Intensität der Rechtsverletzung und die Strafwürdigkeit gleich groß sein. Wenn ich einen wertvollen Schrank meines Nachbarn zerhacke und verbrenne, um mein Zimmer damit zu heizen, so ist das doch eine Handlung, die gerade der Eigentümer nicht vorzunehmen pflegt. Die Verkehrsmeinung, d. h. die Meinung des gemeinen Mannes, würde aber hier unberührt von juristischen Vorurteilen Zueignung annehmen. Krebs a. a. O. S. 16, Saerbeck a. a. O. S. 43 meinen, gerade in der Zerstörung entfalte sich das Eigentumsrecht am schärfsten. Da das Verhältnis des Täters zur Sache der von der Rechtsordnung anerkannten Herrschaft in tatsächlicher Hinsicht entsprechen soll, kann man der Meinung der genannten Schriftsteller unbedenklich in den Fällen folgen, in denen in der Zueignung die Herstellung eines Herrschaftsverhältnisses gesehen wird. So nimmt Ullmann Zerstörung an. (a. a. O. S. 65). Vilnows Stellungnahme ist nicht eindeutig. (a. a. O. S. 17). Das positive Interesse des Täters an der Zerstörung soll nach ihm ausschlaggebend sein für die Annahme der Zueignung. Damit ist ein sehr beachtliches Moment in den Vordergrund gestellt. Wenn kein praktisch bedeutsames Unterscheidungskriterium gefunden worden ist, so ist der Grund wohl darin zu suchen, daß man bei der Begriffsbestimmung der Zueignung von der eigentumsgleichen Herrschaft über die Sache ausging, die Unterscheidung von der Zerstörung nun aber wegen der formalen Auffassung der Eigentumsherrschaft nicht finden konnte, da das Eigentumsrecht auch die Zerstörungsbefugnis umfaßt. Ebenso bezeichnet Olshausen die Zerstörung,

---

[24]) Binding, Lehrb. Bd. I, S. 267/8.
[25]) a. a. O., S. 20.
[26]) a. a. O., S. 23.

wenn Gewahrsam vorhanden, als Zueignung[27]). Ähnlich wie Höpfner versucht Schmidt eine Begriffskorrektur[28]). Eine Zueignung läge nicht im Zerstören, Fortwerfen, wenn nicht gerade in solchen Handlungen die naturgemäße Eigentumsdisposition hervortrete. Eine „Verfügung, wie sie der Eigentümer vorzunehmen pflegt und wie sie rechtlich nur dem Eigentümer gestattet ist", kann aber trotz der schon vorgenommenen Einschränkung nach obigen Ausführungen a u c h in der Zerstörung gefunden werden. Es wird aber ersichtlich, daß man vor das Herrschaftsrechts als Ausgangspunkt der Lehre immer mehr Kautelen zu stellen sich bemüht, um die unvermeidlichen Folgen abzuschwächen. In diesem Bemühen hat man — m. E. — ganz übersehen, daß man dem Eigentümer weniger Rechte zugesteht, als der Gesetzgeber ihm gegeben hat. Denn die Rechtsordnung gewährt dem Eigentümer nicht eine Eigentumsherrschaft, wie er sie auszuüben „pflegt", sondern eine Herrschaft in abstracto. Will man daher den Ausgangspunkt beibehalten, so darf man nicht vor den Folgen zurückschrecken, diese umbiegen, wenn man nicht richtiger nach einer anderen Begriffsbasis suchen sollte. (Hierüber näher unten und I c.)

Den Gewahrsam immer voraussetzend, geht Birkmeyer[29]) unter Anlehnung an die formale Lehre folgerichtig vor. Die Zueignung besteht für ihn in der Ausübung des Eigentumsinhaltes und zwar in der Vornahme irgendeiner hierunter fallenden Verfügung. Nach Maschke a. a. O. S. 215 ist eine die Beherrschung zum Ausdruck bringende Verfügung erforderlich. „Es genügt, daß man in das faktisch-persönliche Verhältnis zur Sache gelangt ist, welches diese in wenigstens einer Beziehung unserem Willen untertan macht." (a. a. O. S. 216). Daraus folgt, daß auch die reine Vernichtungshandlung Zueignungshandlung sein soll. (Vgl. hierzu auch Zimmer a. a. O. S. 36—37). Inhaltlich ist es ebenfalls Ausübung des Herrschaftsgehaltes, der Macht, die dem Eigentümer zusteht. Das Ergebnis ist, daß für Birkmeyer[30]) und Maschke Vernichtung Zueignung bedeuten muß, während Liszt-Schmidt sich in dieser Frage ablehnend verhalten und beim Verbrauch als Zerstörung einen Korrektionsfaktor einschieben[31]): Nicht der Verbrauch schlechthin, sondern der bestimmungsgemäße Verbrauch sei eine Verfügung[32]), aus der eine entsprechende Beherrschung der Sache hervorgehe. Damit ist sicherlich keine befriedigende Abgrenzung erfolgt. In dem oben angeführten Falle liegt die Bestimmung des Schrankes nicht darin, verbrannt zu werden. Nach

---

[27]) a. a. O., § 242, N 30, c.

[28]) a. a. O., S. 204.

[29]) „Das Strafrecht", in seiner Enzyklopädie, 2. Aufl., 1904, Berlin S. 1174 Ziff. 4.

[30]) Ebenda.

[31]) a. a. O., S. 617.

[32]) Wie Liszt-Schmidt faßt auch von Hippel, Lehrb. a. a. O., S. 239, den Begriff. Nach S. 240, Anm. 1 soll die alsbaldige Vernichtung nicht darunter fallen. Hierzu vergl. oben. Die zeitliche Beschränkung ist nicht eindeutig.

der Auffassung Liszt-Schmidts müßte Sachbeschädigung vorliegen. Dieses Ergebnis ist schon unter dem Gesichtspunkt der Strafandrohung untragbar. Würde der Nachbar ein ihm zur Aufbewahrung gegebenes, formloses Stück Holz verbrannt haben, so drohte ihm gemäß § 246 StrGB. wegen Veruntreuung eine Gefängnisstrafe bis zu 5 Jahren, während er infolge des Verbrauches eines evtl. Seltenheitswert habenden Schrankes nur bis zu 2 Jahren zu gewärtigen hätte [33]). Ausübung des Eigentumsinhaltes ist auch die bestimmungswidrige Vernichtung einer Sache unter Beachtung der oben aufgestellten Grundsätze. Ihrer Begrenzung haftet immer die Willkür an, weshalb sie schon dadurch ihre innere Berechtigung verliert. Was sich nicht auseinander ergibt, nicht aus dem Vorhergehenden herauswächst, ja, was, wie grundsätzliche Bejahung und einschränkende Verneinung einander widerstreitet, sollte nicht Begriff oder Begriffsbestandteil in einer Disziplin werden, die den größten Wert auf Begriffssicherheit legen muß. Geht man vom formalen Herrschaftsgedanken aus, so muß dieser selbst auch die Abgrenzung ergeben. Andernfalls ist die Zerstörung stets Zueignung.

Mit Hilfe des wirtschaftlichen Zweckmomentes versucht Allfeld auszukommen, die Difinition Meyers, Zueignung sei ein Verhalten, aus dem der Wille erhellt, die Sache ausschließlich zu beherrschen, dadurch verbessernd [34]). Ihm schließt sich von den neueren Schriftstellern Schappei [35]) vorbehaltlos an. Abgesehen von den Vorwürfen Zimmers bei der Kritik des Allfeldschen Begriffes a. a. O. S. 36—37, der Begriff würde dadurch immer noch übermäßig ausgedehnt und unter den Begriff des „Verhaltens" fiele auch die Wegnahme, was aber doch gerade umgangen werden solle, sei die Mangelhaftigkeit an folgendem Fall dargetan. Der Uhrenhändler A verwahrt für seinen Kollegen eine Herrenuhr von großem Seltenheitswert. Zufällig ist auch A im Besitze einer solchen Uhr. Er weiß, daß das Vorhandensein einer zweiten solchen Uhr im Verkaufsgebiet den Wert seiner Uhr um 50% herabsetzt. Darum zerstört er die Uhr so, daß sie nun vollkommen wertlos ist. Dem B gibt er das Material mit den Worten zurück: „Die Uhr ist mir hingefallen und einige Kunden haben fahrlässigerweise darauf getreten." Ein Verhalten, aus dem der Beherrschungswille zum Ausdruck kommt, liegt vor. Wenn nun die Unterscheidung von Zueignung und Zerstörung darin liegen soll [36]), „daß die Handlung zu eigenen wirtschaftlichen Zwecken erfolgt", so ist hier Zueignung gegeben, weil Allfeld und Schappei ihren Begriff nicht genügend begrenzen. Davon kann aber doch keine

[33]) Vom Standpunkt der Werttheorie aus bekämpfen dieses Ergebnis auch Zimmer, a. a. O., S. 97 ff.; Sauer, a. a. O., „Schließen sich usw.", S. 93 ff., bes. S. 97; Frank, a. a. O., § 242 VII 2a u. a.

[34]) Lehrbuch a. a. O., S. 436.

[35]) a. a. O., S. 66/67: „Ein Verhalten, durch das der Wille, die Sache zu eigenen wirtschaftlichen Zwecken ausschließlich und in allen Beziehungen ebenso wie der Eigentümer zu beherrschen, zum Ausdruck kommt."

[36]) Schappei, a. a. O., S. 66.

Rede sein. Eine Zerstörung k a n n den wirtschaftlichen Interessen dienen. Wenn diese Möglichkeit aber besteht, so erhebt sich die Frage, die nur eine Wiederholung der scheinbar beantworteten darstellt: Wann kann von Zerstörungsdelikten gesprochen werden, wenn die Zerstörungshandlung auch den wirtschaftlichen Interessen des Täters dienen kann? Es liegt vielmehr im obigen Fall ein reines Sachbeschädigungsdelikt vor, eine Verletzung, die „die Brauchbarkeit der Sache zur Erlangung ihres eigentümlichen Zweckes beeinträchtigt“ [37]). Man kann jedoch zugeben, daß die Regulierung des Verhältnisses von Zueignung und Zerstörung auf dem Boden der formalen Theorie durch die Berücksichtigung des wirtschaftlichen Zweckhandelns am meisten für sich hat, da das eingefügte Wertmoment die Starrheit der formalistischen Theorie bricht. Den Fällen, in denen die Herrschaftsausübung nicht wirtschaftlichen Zwecken dient, kann sie jedoch nicht gerecht werden, obwohl solche Fälle wohl nicht selten vorkommen [38]).

Die vorangegangenen Erörterungen lassen hinsichtlich der Stellungnahme zu dem Verhältnis von Zueignung und Zerstörung innerhalb der formalen Theorie drei Schriftstellergruppen erkennen:

1. Man versucht, wie Höpfner und Schmidt (im Grunde auch Binding, vgl. den Anfang des Abschnitts), in der Üblichkeit einer sinnvollen Eigentumsverwaltung ein Kriterium zu finden, das das Zerstörungsdelikt vom Zueignungsdelikt trennt.

2. Man versucht, wie Vilnow, Schappei und Allfeld durch die Beachtung des Handlungszweckes zu einer Begrenzung des Zueignungsbegriffes zu gelangen. Während die erste Gruppe den Ausgangsbegriff, die Herrschaft oder Herrenstellung über die Sache, durch eine außerhalb dieses Begriffes liegende unklare, allgemeine Größe, die Sitte, einschränkt, geht die zweite Gruppe vom Individuum, dem Täter selbst, aus, läßt den Zerstörungs-Herrschaftsakt nur gelten, wenn er zugleich wirtschaftlicher Zweckakt ist. Auch in diesem Falle ist die Einschränkung des Herrschaftsbegriffes oder der Eigentumsausübung nicht aus dem Begriff selbst entwickelt, sondern durch eine selbständige, den Begriff nicht berührende Tatsache auf Grund von Zweckmäßigkeitserwägungen erfolgt.

3. Die dritte Gruppe schließlich verneint die begriffliche Abgrenzungsmöglichkeit. (So u. a. Ullmann, Maschke.) Diese Gruppe ist nach Ansicht des Verfassers f o l g e r i c h t i g. Es ist wiederholt darauf hingewiesen worden, daß der Täter grundsätzlich in tatsächlicher Hinsicht so gestellt sein muß wie der Eigentümer ohne die Umkleidung durch die Rechtsordnung. Will man ihm weniger zugestehen, so wäre es unberechtigt, weiter von Zu-

---

[37]) Frank, a. a. O., § 303 II.

[38]) Zum Unterschied von der reinen Formaltheorie. Beispiel: A. schenkt auf der Straße einem Kind eine Sache des B. aus Haß gegen B., zu dem „Zweck“, diesen zu ärgern. Hier dient das Verhalten nicht eigenen wirtschaftlichen Zwecken.

eignen, von Zu-eigen-machen zu sprechen. Die Stellung des Eigentümers ist aber die eines Herrschers über eine Sache. Man mag sich den Fall vorstellen, daß ein Mensch außerhalb einer Rechtsordnung lebt, daß es in seinem Lebensbereich keine Institution des Eigentums gibt. Hier hat er nur eine Herrscherstellung über seine Sachen. Zwischen ihm und den Sachen besteht nur ein tatsächliches Verhältnis. Hierunter fällt auch der Zerstörungsakt. Ein solches tatsächliches Verhältnis besteht auch zwischen dem unter einer Rechtsordnung lebenden Eigentümer und seinen Sachen neben dem rechtlichen. Dieses tatsächliche Verhältnis ist gewissermaßen der Kern, das rechtliche dagegen die Schale für die Beziehung des Eigentümers zur Sache. Bei dem Dieb entfällt diese Schale. Nur das tatsächliche Verhältnis, das den Umfang des rechtlichen hat, bleibt ihm. Er beherrscht die Sache, z. B. eine Kristallschale, und kann sie zerstören. Dann aber eignet er sich zu, da der Zerstörungsakt einen tatsächlichen Herrschaftsakt darstellt. Damit ist das Zerstörungsdelikt zum Zueignungsdelikt geworden.

Für das geltende Strafrecht wäre damit aber nichts anderes als ein Konflikt zwischen zwei selbständigen Tatbeständen erreicht worden. Positiv-rechtlich soll Zerstörung nicht Zueignung sein. Dieser Forderung kann Rechnung getragen werden, da das praktische Erfordernis der selbständigen wissenschaftlichen Erkenntnis nicht schadet.

Den zweckmäßigsten Weg hat die zweite Gruppe schon gewiesen. Die reine Zerstörung ist ein negativer Herrschaftsakt. Ob eine Zerstörungshandlung negativen Charakter hat, ist aus dem Ziel zu schließen. Es ist etwas anderes, ob ich eine Tafel Schokolade in den Ofen werfe oder ob ich sie esse. Im letzteren Falle habe ich einen Zerstörungsakt mit positivem Ziel, dem Ziel der Sacherlangung, begangen, der kurz als positiver Herrschaftsakt bezeichnet werden kann. Der Handlungszweck soll also de lege lata ausschlaggebend sein für die Unterscheidung von Zueignung und Zerstörung. Ist das Ziel der Zerstörung die Substanznutzung, so ist der Charakter der Zerstörungshandlung positiv und die Subsumtion unter die Zueignung ist zulässig. Dieses Verfahren entspricht auch dem unten vertretenen Standpunkt, daß der Nutzungsgedanke, als sich aus der Eigentumsinstitution ergebend, nicht aus dem Zueignungsbegriff ausgeschaltet werden darf.

2. Ebensolche Schwierigkeiten ergeben sich bei der Abgrenzung vom Gebrauch. De lege lata ist aus § 290 StrGB. zu entnehmen, daß der bloße Gebrauch einer Sache regelmäßig nicht bestraft werden soll, im Gegensatz zu der Regelung im germanischen Recht[39]). Infolge dieser Sonderregelung ist eine scharfe Abgrenzung von der Zueignung erforderlich. Im zukünftigen Strafgesetzbuch ist nach den Vorschlägen der Denkschrift[40]) ein umfassender Tatbestand zu erwarten, unter den alle Fälle von

[39]) Vgl. z. B. Wilda, Das Strafrecht d. Germanen, Halle 1842, S. 920 ff.
[40]) a. a. O., S. 111.

Einwirkungen auf fremde Sachen zu bringen sind, die weder rechtswidrige Zueignung noch Sachbeschädigung bedeuten. Dem Erfordernis, diese Fälle im Interesse der Verkehrssicherheit strafrechtlich zu erfassen, kam schon die Verordnung des Reichspräsidenten vom 2. 10. 1932 entgegen, indem sie den unberechtigten Gebrauch von Fahrrädern und Kraftfahrzeugen unter Strafe stellte. Von Bedeutung wird auch zukünftig eine scharfe Unterscheidung sein.

Lobe spricht zunächst von einer eigentumsgleichen Herrschaft, um dann aber einschränkend fortzufahren: „Hiernach genügt ein Vorsatz, die Sache in einer Weise zu gebrauchen, wie dies nur dem Eigentümer erlaubt ist, noch nicht ohne weiteres“ [41]). Darin liegt — m. E. — eine Inkonsequenz. Aus der Sachherrschaft folgt diese Beschränkung nicht. Sie kann nur dem anderswo niedergelegten Gesetzeswillen (§ 290 StrGB.) entnommen und damit der Zueignungsbegriff zu dem gesetzlich gewollten Umfang zurückgeführt werden. Es ist aber doch nicht gut zu bestreiten, daß derjenige, der zu einer Sache im Gebrauchsverhältnis steht, sich meist zu ihr in einer ebenso tatsächlich-eigentumsgleichen Herrschaftsstellung befindet, wie der gebrauchende Eigentümer in einer rechtlich und tatsächlich beherrschenden Eigentümerstellung. Der aufgestellte Begriff ist kein strafrechtlicher sondern ein überstrafrechtlicher. Läßt man die Zueignungshandlung Herrschaftshandlung sein, so ist der widerrechtliche Gebrauch als Ausdruck eines Herrschaftswillens ebenfalls Zueignung. Daß diese Auffassung, wenn auch nicht klar ausgesprochen, von den „Formaltheoretikern“ geteilt wird, ist aus dem Bestreben ersichtlich, den umfassenden Begriff der Herrschaftsstellung im Falle des Gebrauches durch ein das Herrschaftsverhältnis besonders qualifizierendes Merkmal einzuschränken (s. unten). Dieses Bestreben würde unbegründet sein, wenn man in dem Gebrauchsakt keinesfalls einen sich als Zueignungsakt darstellenden Herrschaftsakt sehen würde.

So bestätigt Paulus die Ansicht Lobes. Zueignung bedeutet ihm die Verschaffung der befestigten, eigentumsgleichen Herrschaft an einer bestimmten konkreten Sache [42]). Hierunter, meint er, ließe sich das furtum usus nicht subsumieren [43]). Abgeleitet werden kann dieses Ergebnis nur aus dem Merkmal „befestigt“. Dieses Unterscheidungskriterium ist jedoch nicht stichhaltig. Es sei folgender Fall gesetzt: A und B wohnen in demselben Hause. A ist ein reicher Mann und macht eine Reise nach Sidney, von der er erst im Alter zurückzukehren gedenkt. Er gibt dem B ein schönes Beil in Verwahrung mit dem Auftrag, es zu ölen und gut aufzuheben, da er es von seinen Vorfahren, die Holzfäller waren, geerbt habe. B aber gebraucht das Beil, damit es nicht rostet. Man wird nach den meisten obigen Definitionen Zu-

---

[41]) a. a. O., § 242 II. B. 1 c; Schwartz a. a. O., § 242, 9a.
[42]) a. a. O., S. 15.
[43]) Ebenda, S. 17.

eignung annehmen müssen. Herrschaftsstellung, Herrschaftsakt und Befestigung dieser Stellung liegen vor. Eigentümerwille ist auch Gebrauchswille. Man hat versucht, ähnlich dem Vorgehen Paulus', durch Einfügung des Dauermomentes zu einem vertretbaren Ergebnis zu gelangen. Denn eine allgemeine Eigentümerverfügung, eine Beherrschung der Sache zu wirtschaftlichen Zwecken, eine Ausübung des Eigentumsinhaltes ist der Gebrauch sicherlich [44]). Dieses Dauermoment kann man nun entweder auf die Seite des Zueignenden oder die des Verletzten verlegen. Entweder der Ausschluß des Verletzten von der Sache oder das Verhältnis des Zueignenden zur Sache muß bleibenden, dauernden Charakter haben. Schappei glaubt, sich für die Einfügung auf der Täterseite entscheiden zu müssen [45]) und schließt sich auch hier der Meinung Allfelds [46]) an, der Täter müsse die Sache ausschließlich und in allen Beziehungen beherrschen. Schaffstein gibt a. a. O. S. 294 der Vermutung Ausdruck, daß das Reichsgericht die Abgrenzung ebenfalls auf der positiven Seite versucht, indem es mit dem Begriff der „Einverleibung in das Vermögen" operiere [47]). Bei den durchaus schwankenden Formulierungen des RG. (ein Umstand, der den Begriffserklärungen sehr abträglich ist), ist die Auslegung Schaffsteins zu verstehen, hat aber im Hinblick auf andere Entscheidungen nur eine Teilberechtigung. So spricht das Reichsgericht in E 29 S. 415/417 von der dauernden Entziehung der Sache. Und in E 47, S. 149 heißt es: „Die Zueignungsabsicht muß dahin gehen, die Sache dem andern dauernd [49]) zu entziehen und an ihr die dem Eigentümer kraft seines Eigentums zustehenden Rechte selbst auszuüben." Hier wird die Abgrenzung also ganz eindeutig ohne Bezugnahme auf den doch vollständig unklaren Begriff der Vermögenseinverleibung auf der Seite des Verletzten gesucht.

Der Verlegung des Unterscheidungsmerkmals auf die negative Seite schließen sich auch Liszt-Schmidt an. „Sie (die Aneignung) ist zugleich als Enteignung die Verdrängung des Eigentümers, dessen Gewalt die Sache dauernd entzogen wird" [50]). Es liegt zwar genügend Grund dafür vor, sich für die Einfügung des Dauermomentes nach der positiven oder negativen Seite der Zueignung hin überhaupt zu entscheiden. Ob eine eindeutige Abgrenzung darin liegt, ist aber mit Recht angezweifelt worden. Grundsätzlich wird man sagen können, daß das Dauernde ebenso wenig in der Macht des Täters steht, wie die Dauer des Heilprozesses einer Wunde [51]). Der Verletzte kann die Sache wiederbekommen. Die r e c h t l i c h e Macht hierzu hat ihm die Rechts-

[44]) Vgl. auch Sauer, „Schließen sich usw.", a. a. O., S. 81; Schaffstein, a. a. O., S. 294.
[45]) a. a. O., S. 60.
[46]) a. a. O., S. 436.
[47]) Über den Vermögensbegriff unten, Ic.
[48]) Hinsichtlich des Begriffsinhaltes besteht einige Klarheit.
[49]) Hier hervorgehoben.
[50]) a. a. O., S. 617.
[51]) Binding, Lehrbuch a. a. O., S. 266.

ordnung gegeben. Und auch ohne diese würde der Individualwille sich Wege für die tatsächliche Macht hierzu schaffen. Oder aber — die Sache kann untergehen, würde ihr bestimmungsgemäßes Schicksal oder die zufällige Beseitigung ihrer Existenz erfahren. Trotzdem läßt sich kein anderes und besseres Abgrenzungsmittel ersehen. Man muß nun aber bestrebt sein, die Mängel auf ein Mindestmaß zu beschränken.

Es ist untunlich, den Dauergebrauch oder die Dauergebrauchsabsicht zu verlangen, das Merkmal der Dauer also auf die Seite des Täters zu verlegen, da ein einmaliger Gebrauch bei der Absicht dauernder Entziehung genügen muß. Das wird besonders deutlich im Falle der Verpfändung einer Sache, also der Vornahme eines einmaligen Gebrauchsaktes, der aber die dauernde Entziehung auf der Seite des Berechtigten zur Folge haben kann.

Es besteht die Möglichkeit, das Merkmal der Dauer objektiv oder subjektiv aufzufassen. Aus den obigen Zitaten geht hervor, daß man überwiegend bestrebt ist, die Dauer des durch die Gebrauchshandlung eingetretenen Zustandes objektiv zu bestimmen. Dem steht nicht nur das oben gebrachte allgemeine Argument entgegen, sondern es erhebt sich dazu noch die Frage, welcher feste Zeitraum erforderlich sei, damit der Gebrauch in diesem Zeitraum als Dauergebrauch bezeichnet werden kann. Genügt hierzu eine Woche, ein Monat, ein Jahr? Der richtige Zeitraum wird sich nicht objektiv bestimmen lassen, da sowohl das gebrauchte Objekt wie die unterschiedliche Einstellung des stellungnehmenden Subjektes zu einer verschiedenen Beantwortung der Frage Anlaß geben werden. Außerdem ist der Täter mit Dauergebrauchswillen, der aber nur zu einer kurzen Gebrauchshandlung gekommen ist, ebenso strafwürdig wie derjenige, der längere Zeit hindurch Gebrauchsakte vorgenommen hat.

Diesen Schwierigkeiten tatbestandlicher und kriminalpolitischer Art kann man dadurch zum Teil aus dem Wege gehen, wenn man auf den Willen des Zueignenden abstellt. (Vgl. auch Schappel, a. a. O. S. 62.) Wer z. B. eine fremde Sache verpfändet und weiß, daß er sie nicht einlösen kann, hat sich vom straflosen Gebrauch entfernt. Hiermit aber sind die Fälle gleichzustellen, in denen der Täter über die objektive Möglichkeit der Einlösung sich im Zweifel befindet oder in denen der Täter trotz objektiver Einlösungsmöglichkeit nicht einlösen will. (Hierzu vgl. auch Binding, Normen II, 2, S. 1049, Anm. 34 und Lehrbuch, Bd. I, S. 269 Anm. 4.) Was also vorliegen muß, ist die Absicht dauernder Entziehung. Theoretisch ist dieser Weg zweifellos eindeutiger, da mindestens das allgemeine Argument gegen die Verwendung des Dauermomentes nicht zutrifft. Der praktischen Anwendung werden sich aber Schwierigkeiten für die Beweisführung entgegenstellen. Ist der Gebrauch eine längere Zeit hindurch erfolgt, so ist der Rückschluß auf den Willen der Dauerentziehung möglich und zulässig. Insofern wirkt also die Tatsache der Gebrauchshäufigkeit und der Gebrauchszeit auf die Erkenntnis des Verbrecherwillens zurück. Andererseits kann schon in dem einmaligen Gebrauch

Dauergebrauch = Zueignung liegen, wenn der Dauerentziehungswille festgestellt werden kann. Liegt dieser vor, so ist der erste Gebrauchsakt schon Zueignungsakt, da er schon aus dem Kreise der straflosen Gebrauchshandlung ausgeschieden ist. Allerdings, ein unsicheres Unterscheidungsmittel ist auch diese Auslegung für die Praxis. Das Geständnis des Täters und die Aussagen der Zeugen bezüglich der Willensäußerungen des Angeklagten werden von ausschlaggebender Bedeutung sein. Die Kenntnis des Täters von der Rechtsauslegung wird dadurch zu seinem Schutze wirken, daß er vor dem Richter seinen ursprünglich umfassenderen Willen zu dem leider noch straflosen Gebrauchswillen macht. Dieser Mangel ist aber nicht ungewöhnlich und wird auch nicht zu umgehen sein. Die Hauptbedeutung dieser Auffassung aber liegt darin, daß sie den kriminellen Willen und Charakter eher und erfolgreicher zu treffen in der Lage ist, als die objektive Auffassung.

3. Dadurch, daß man die Sache in ihrer physikalischen Existenz in den Mittelpunkt stellte und so zum formalen Herrschaftsbegriff kam, oder dadurch, daß man von letzterem ausging und damit notwendig nur den Weg zur Substanz fand [52]), konnte man lediglich zu einem Formalinhalt der Zueignung gelangen. Hier nun offenbart sich die gänzliche Unzulänglichkeit dieser Lehre, wenn es dem Täter nicht um die Sache als Substanz, sondern um den Wert der Sache geht. Das ist z. B., um beim Gebrauch zu bleiben, der Fall, wenn der Täter die Sache zwar zurückgeben, den Wert der Sache aber behalten oder konsumieren will [53]). Nimmt A dem B eine Rasierklinge weg, in der Absicht, diese fünfmal zu gebrauchen und sie dann wieder zurückzugeben, so wird die Verkehrsanschauung sicherlich von einer vollständigen Entwertungsabsicht sprechen können. Durch diesen Gebrauch wird aber keineswegs die Substanz oder ein Teil von ihr behalten. Diese soll vielmehr ungeschmälert zurückgestellt werden. Nur eine Eigenschaft fehlt, die den besonderen Wert, über den Materialwert selbst hinaus, ausmacht. Der Laie würde, ohne eine Komplikation in diese Frage hineinzutragen, von Diebstahl sprechen. Die „Geheimsprache des Juristen" würde nach der behandelten Lehre nur von futum usus und evtl. Sachbeschädigung [54]) reden können, da nur Gebrauchs- und Restitutionsabsicht gegeben sind. Es kann aber doch unmöglich darauf ankommen, daß der Berechtigte jetzt selbst in die Lage versetzt wird, die unverkaufbare entwertete Klinge in den Mülleimer zu werfen.

Aus diesem Beispiel erhellt, daß dort, wo der Täter die Sache als Substanz nicht zum Gegenstand der Zueignung macht, sondern eine Eigenschaft der Substanz, eine Eigenart, um deret-

---

[52]) In diesem Sinne auch Schaffstein, G. S. Bd. 103, Heft 5/6 S. 294.

[53]) Über den Fall des Sparkassenbuchdiebstahls mit Rückgabeabsicht vgl. weiter unten.

[54]) Die Brauchbarkeit der Substanz ist beeinträchtigt: Leipziger Komm. § 303, 4; Frank § 303 II. 1, der aber gemäß § 242 VIIa Zueignung annehmen würde.

willen die Materie überhaupt für die Beteiligten von Bedeutung ist, für sich allein nutzt, eine Bestrafung wegen Zueignung nicht erfolgen könnte. Das sollte zu der Folgerung Anlaß geben, die rein formale Objektsauffassung abzulehnen [55]).

Der Streit in diesem Punkte hat sich besonders auf die Legitimationspapiere konzentriert. Binding meint, sehr lehrreich wirke ein Vergleich zwischen Inhaber- und Legitimationspapieren. Wer jemandem ein Eisenbahnbillett nehme und darauf nach Berlin führe, habe sich das Inhaberpapier durch Verbrauch zugeeignet, auch wenn er die durchlochte Karte zurücksenden wolle [56]).

Beim Sparkassenbuch liege dagegen nur Gebrauch vor [57]). Blümel schließt gerade an diesem Punkt auf die „Morschheit" dieser Lehre [58]). Der Dieb wolle ja die Sache gar nicht. Rechte werden aber nie zur Sache. So hat Binding [59]) selbst festgestellt, daß es nie um den Wert geht. Bei Inhaberpapieren ging das noch an, da hier zunächst eine Sachherrschaft notwendig sei, und mit der Ausübung Recht und Papier entzogen würden [60]). Bei Legitimationspapieren komme es darauf an, ob neben der Rechtsentwertung Sachentziehung stehe. Diese Sachentziehung ist der Brennpunkt der Lehre. Liegt diese z. B. vor beim Diebstahl eines Sparkassenbuches ohne Restitutionsabsicht, so ist Zueignungsabsicht gegeben, jedoch lediglich hinsichtlich der Buchsubstanz. Die Abhebung des Geldbetrages soll, wenn sie wirklich erfolgt, nur straflose Nachtat sein [61]). Diese Meinung ist sicherlich angreifbar, da es sich um verschiedene Rechtsgüter handelt. Es stehen sich Sache und Recht gegenüber. Die Sachentwendung kann aber nach der Ansicht Lobes über die Zueignung in keine Beziehung zum Rechtsmißbrauch gebracht werden. Es wäre daher ein selbständiges Delikt anzunehmen. Ist aber Restitutionsabsicht hinsichtlich der Substanz gegeben, so kann nur noch von straflosem furtum usus gesprochen werden. Man nimmt dann gewöhnlich, wenn es zur Abhebung kommt, Betrug an. Auch das ist jedoch mit Recht bestritten, da seitens des Beamten gemäß § 808 BGB. kein Irrtum vorzuliegen braucht. Haarburger, a. a. O.

---

[55]) Eine nähere Begründung dieser Auffassung soll bei den Ausführungen über eine Kombinationstheorie gegeben werden. Es handelt sich nicht um eine willkürliche Forderung, sondern um eine durch den Eigentumsbegriff geforderte. Praktisches Erfordernis und Theorie widersprechen einander nicht, sondern decken sich.

[56]) Lehrb., bes. Teil, Bd. 1, S. 264.

[57]) Ebenso: Lobe, a. a. O., § 242 II, 1. Meyer-Allfeld, a. a. O., S. 437; Liszt-Schmidt, § 127 V; Wachenfeld a. a. O., S. 375; Finger, Ger. S. Bd. 78, 403; Gerland, a. a. O., S. 449; Schappei, a. a. O., S. 62 f. u. a.; Feisenberger, a. a. O, nimmt Unterschlagung des Geldes an, S. 21 ff. bes. S. 41.

[58]) a. a. O., S. 13.

[59]) L. Z. 1916 S. 5.

[60]) Über das Verhältnis von Urkunde und Forderungsrecht vgl. Soergel, a. a. O., S. 1145.

[61]) Lobe, a. a. O., § 242, II, 1.

S. 190, läßt § 242 und § 263 real konkurrieren. In seiner Definition weist Blümel erfreulicherweise einmal auf das Lebensverhältnis zwischen Eigentümer und Sache hin und betont mit Recht die Berücksichtigung dieses durchaus nicht formalen und blutleeren Verhältnisses im Zueignungsbegriff. Das gleiche Bestreben geht aus den Ausführungen Franks hervor, wenn er zu dem obigen Zitat Bindings bemerkt [62]): „Darauf, daß Fahrkarten durchlocht werden, kann es doch unmöglich ankommen. Das Abschreiben der abgehobenen Summen in Sparkassenbüchern hat keine geringere Bedeutung." Das Lebensverhältnis zwischen Buch und Eigentümer bekommt aber seine spezifische Eigenart nicht durch die Papiersubstanz, sondern durch die Wertbeziehung zwischen Buch und Berechtigtem. Die Nichtbeachtung dieser tatsächlichen Verhältnisse ist in Berücksichtigung der Grundsätze, die die neue Rechtsgestaltung und Rechtsprechung beherrschen, in völliger Übereinstimmung mit der instinktmäßigen Rechtsauffassung des Volkes der schwerwiegendste Vorwurf gegen diese Lehre und — obwohl dagegen mannigfacher Widerspruch bestehen wird — die oberste und maßgeblichste Begründung für die Ablehnung ihrer alleinigen Herrschaft. Unser höchster Gerichtshof ist den vorbezeichneten Weg gegangen und hat sich von der im Formalen steckengebliebenen Richtung der Wissenschaft getrennt [63]). (Über die Ansicht des RG. ausführlich unten.) Gesetzt den Fall, die Wegnahme in Abhebungsabsicht erfolge mit Restitutionswillen, ohne daß es zur Abhebung kommt, und bezüglich dieses Willens beständen keine Beweisschwierigkeiten, dann würde diese Diebstahlshandlung nicht strafbar sein — zweifellos ein mit unserem Kulturzustande nicht zu vereinbarendes Ergebnis. (In gleichem Sinne auch Saerbeck, S. 55 ff.) Das Recht, sagt Kohler, solle den jeweiligen Kulturzustand wiederspiegeln [64]). Das ist notwendig, da die Rechtsgestaltung einer Zeit eine Äußerungsform menschlichen Kulturwillens darstellt. Die Forderung gegen die Sparkasse kann zwar ohne Buch bestehen. Und das Buch andererseits hat bis zu einem bestimmten Zeitpunkt nur Papierwert besessen. Die Stellung des Buches im Rechtsleben ändert sich aber in dem Augenblick, in dem es in Beziehung zu der Forderung gebracht wird. Diese Beziehung verknüpft Buch und Forderung so eng, daß das Schicksal des Buches zugleich auch bestimmend einwirken k a n n auf das Schicksal der Forderung. So hat sich das Buch hinsichtlich seiner Stellung im Rechtsverkehr bezüglich der ihm anhaftenden Eigenschaften verändert, sodaß eine Verfügung über die Forderung tatsächlich möglich ist, sobald jemand das Buch in seinen Besitz gebracht hat. Ob die Ausnutzung dieser Möglichkeit immer zum Erfolge führt, ist gleichgültig. Es genügt, daß sie besteht und die Nachprüfung der Legitimation durch den Kassenbeamten nicht obligatorisch ist. Wie eng Forderung und Buch miteinander verknüpft sind, beweist ein Fall, auf den

---

[62]) a. a. O., § 242 VII, 2.
[63]) u. a. in E .22, S. 2, 43, S. 20.
[64]) Lehrb. der Rechtsphilosophie, 2. Aufl., S. 4.

Soergel, a.a.O. Bd.1, S. 1153 unter Hinweis auf die Rechtsprechung des sächsischen Oberlandesgerichts zu sprechen kommt. Er führt aus: „Auch die Pfändung der Urkunde ist möglich. Sie bewirkt, daß der Forderungsinhaber erst die Urkunde einklagen muß, um die Forderung geltend zu machen." Wer eine Fahrkarte stiehlt, will nicht das Papier, sondern den durch die Karte repräsentierten Rechtswert. Dieselbe Willensrichtung liegt beim Diebstahl eines Sparkassenbuches vor, das der Dieb nach Benutzung zurückgeben will. Dann aber ist Wertentziehungsabsicht Zueignungsabsicht. Das Sparkassenbuch kann praktisch Inhaberpapier sein, da mit der Innehabung des Papieres über das Recht verfügt werden kann. (In gleichem Sinne Saerbeck, a.a.O. S. 54; RG. E 22, S. 2; Frank, a.a.O. S. 519 f., u.a.).

Diesen Betrachtungen kann sich die Substanztheorie deshalb nicht anschließen, weil sie bei der Sache als Körper, als Stoff, stehen bleibt und diesen Stoff losgelöst von seiner speziellen, ihm zugewiesenen Funktion im Leben der Menschheit betrachtet. Für sie ist die Rasierklinge Stahl und das Sparkassenbuch bedrucktes Papier. Würde man Sache und Sachfunktion in Beziehung zueinander setzen, d. h. der Wirklichkeit mehr Beachtung schenken, so wäre das Ergebnis ein gänzlich anderes. Hat nämlich eine Sache eine bestimmte Eigenschaft und wird die Rückgabe der Sache ohne diese Eigenschaft beabsichtigt, so liegt in der Restitutionsabsicht bezüglich des Stoffes keineswegs auch zugleich die Restitutionsabsicht bezüglich der gebrauchten Sache. Die Schärfe der Rasierklinge ist ihre wesentliche Eigenschaft. Die Rückgabeabsicht nach Beseitigung dieser Eigenschaft kann sich wohl auf den Stahl, nicht aber auf die weggenommene Rasierklinge beziehen, die nur durch die Schärfe zu einer solchen wird. Es wäre nach der hier vertretenen Auffassung Diebstahl anzunehmen.

Gleichgelagert sind die Fälle, in denen der Täter die Sache einem Dritten zueignen oder dem Verletzten selbst gegen Bezahlung zurückgeben will, selbst jedoch nur auf die Erlangung des Wertes hinstrebt [65]). Hier liegt keineswegs Sachzueignung vor. Diebstahl müßte somit wieder verneint werden, wenn man sich an den wirklichen Absichtsinhalt halten will [66]). Finger meint zu dem Fall der Rückveräußerung an den Betroffenen: Rückveräußerung sei doch das Gegenteil von Zurückstellen [67]). Diese reine Verbalbegründung kann doch nicht maßgebend sein für die Annahme, daß nun die Sachrestitutionsabsicht sich plötzlich in Zueignungsabsicht verwandelt hat. Schaffstein gibt die Richtigkeit der Unterscheidung Fingers zu, aber nur deshalb, „weil man eine Zurückstellung der Sache unter gleichzeitiger Ausnutzung ihres Wertes durch Bezahlung ihres Wertes nicht verstehen würde". (a.a.O.) Inhaltlich liegt in jedem Falle eine Zurückstellungsabsicht hinsichtlich der körperlichen Eigenschaft der Sache vor. Will man

---

[65]) So, wenn der Täter die Sache dem Bestohlenen wieder verkaufen will.

[66]) Auch Schaffstein, S. 295.

[67]) Ger. S. Bd. 78 S. 408/9 Anm. 1, hierzu Schaffstein, a.a.O.

also bestrafen, so beschuldigt man — m. E. — sich selbst einer Inkonsequenz, da man dann notwendig den Wert als Zueignungsobjekt bezeichnen muß. Bestraft man nicht, so begeht man einen Verstoß gegen die ratio legis. „Juristische Konstruktionen nennen wir ja die vervollständigte Nacherzeugung der positiven Bestimmungen eines Rechtsinstitutes aus seiner Zweckidee“ [68]).

Soll dieser Satz Geltung haben, so ist die behandelte Lehre verfehlt, weil sie der ratio legis, dem Schutz des Eigentums einschließlich seiner Funktionen im Verkehrsleben, in wesentlichen Grenzfällen nicht gerecht werden kann, obwohl einer weitgreifenderen Interpretation keine positivrechtlichen Hindernisse im Wege stehen.

Die Mängel der formalen Lehre seien noch einmal zusammengefaßt:

1. Sie vermag die Zueignungsdelikte von den Zerstörungsdelikten nicht begrifflich abzugrenzen. Praktisch kann die Abgrenzung durch Berücksichtigung des Handlungszweckes erfolgen.
2. Sie vermag den Unterschied zwischen Gebrauchs- und Zueignungshandlung ebenfalls nicht begrifflich zu bestimmen.
3. Sie kommt in den Fällen, in denen der Zueignungswille des Täters sich nicht auf die Substanz, sondern auf den Wert der Sache richtet, zu unbefriedigenden Entscheidungen, da sie die Sache lediglich als Körper betrachtet und die Funktionen dieses Körpers, die ihn zu dem umstrittenen Objekt machen, nicht berücksichtigt.

b) Die Sachwerttheorie.

1. Die objektive Wertbestimmung.

Die Substanztheorie und formale Begriffsbestimmung führt, wie gezeigt, zu unklaren und unbefriedigenden Ergebnissen. Das Wort zueignen, meint Saerbeck, müsse etymologisch auf Eigentum hinweisen [69]). Dieser Ausgangspunkt muß unbedingt festgehalten werden, da man bei richtiger Interpretation des Eigentumsbegriffes zu einem befriedigenden Ergebnis gelangen kann. (vgl. auch I c dieser Arbeit). Da das Recht nicht erworben werden kann, so kann nur das, was Inhalt des Rechtes ist, was von diesem Recht erst juristisch umkleidet wird und seine allgemeingültige Verkehrsform erhält, Gegenstand der Zueignung sein. Binding, Lobe u. a. sprechen von dem tatsächlichen Verhältnis, das in der Herrschaftsstellung bestehen soll. Diese Konstruktion weist auf einen anderen Weg. Denn das, was der Täter nach den Genannten erwirbt, ist Rechtsinhalt. Folgende Scheidung innerhalb des Komplexes des Rechtsinhalts scheint nun aber nicht nur möglich, sondern als sich aus dem Zivilrecht ergebend, notwendig. Es ist durchaus nicht so, daß dem Eigentumsinhalt nur die Herr-

[68]) Radbruch, Grundzüge der Rechtsphilosophie, Leipzig 1914, S. 197.
[69]) Ebenso Tänzler, a. a. O., S. 10 f.; Saerbeck, a. a. O., S. 43.

schaftsbefugnis eigen wäre. Daß diese einer weitgehenden Beschränkung unterliegen kann, wurde oben schon dargetan [70]). Man kann aber einen solchen Gehalt — das Paradoxon sei der genaueren Unterscheidung wegen einmal gestattet — als den formellen Gehalt bezeichnen, der seine rechtliche Festlegung und Umschreibung in § 903 BGB. erfahren hat. Daneben steht der materielle Gehalt, dessen gesetzliche Fixierung ebenfalls im Zivilrecht zu finden ist und am deutlichsten aus einzelnen Vorschriften über die Eigentumsbelastungen, sowie aus der Existenz dieser Rechtsinstitute überhaupt, hervorgeht. Wenn z. B. § 1030 BGB. sagt: „Eine Sache kann in der Weise belastet werden, daß derjenige, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, berechtigt ist, die Nutzungen der Sache zu ziehen," so deutet diese Bestimmung in erster Linie auf den Wertgehalt der mit dem Eigentumsrecht umkleideten Sache hin. Der Wertgehalt des Eigentums ist Objekt der Nutznießung. Dabei kann es unbeachtet bleiben, ob die Eigentumsnutznießung selbständig als Wertnutzung neben dem formalen Herrschaftsrecht steht, oder nur eine Folge dieses Herrschaftsrechtes darstellt. In beiden Fällen sind zwei von einander zu scheidende Gehaltsmerkmale vorhanden, die für das Tatsächliche des Eigentumsinhaltes von Bedeutung sind. Die angeführte Bestimmung wird insbesondere deshalb von Bedeutung, weil — im Gegensatz zu den sonstigen Dienstbarkeiten — nicht nur Grundstücke, sondern auch bewegliche Sachen Gegenstand dieser Wertnutzung sein können. Die Herrschaft ergreife nicht nur die Sache als augenblickliche, sondern die Sache als dauernde Nutzungsspenderin. Nicht nur den gegenwärtigen, sondern auch den künftigen Genuß könne der Eigentümer übertragen, führt Kohler aus, gerade diese materielle Sacheigenschaft betonend [71]). Und der grundsätzlich naturrechtlich orientierte Cathrein [72]) formuliert: „Wir wollen damit ausdrücken, daß dieselbe (die Sache. d. V.) in einer besonderen innigen Beziehung zu uns steht, kraft deren sie zu unserem Gebrauche und Nutzen bestimmt ist und wir die Herrschaft über dieselbe besitzen."

Würde man nun lediglich bei der formalen Inhaltsbestimmung stehen bleiben, so hieße das, sich selbst eine unüberwindliche, naturwidrige Barrikade bauen. Berücksichtigt man dagegen den schon bezeichneten materiellen Gehalt, so ergeben sich neue Gesichtspunkte. Der Begriff „zueignen" steht dem nicht nur nicht entgegen, sondern fordert geradezu eine umfassendere Interpretation. Jede Beschränkung muß letztlich ungerechtfertigte Willkür sein. Daß das BGB. selbst einen solchen zwiefachen Inhalt kennt, war, soweit ersichtlich, nicht genügend beachtet worden, weshalb dann auch immer der aus § 903 BGB. sich in erster Linie ergebende Gedanke in den Brennpunkt gestellt wurde, ohne den

---

[70]) Siehe oben S. 4 f.

[71]) Einführung in die Rechtswissenschaft, S. 39.

[72]) Das Privateigentum und seine Gegner, Freiburg 1909, S. 116.

durch § 903 BGB. erfaßten „materiellen Gehalt" durch positivrechtliche Hinweise zu stützen und dadurch gleichberechtigt neben den „formellen Gehalt" zu stellen [73]).

Mit Recht betont Krebs a. a. O., die Herrschaft sei doch nur ein Mittel zum Zweck und könne niemals zum Selbstzweck werden. Schaffstein macht den Vorwurf, die formale Richtung verkenne die Selbständigkeit strafrechtlicher Begriffsbildung. Deshalb mache die formale Theorie eine Anlehnung an das Privatrecht und den Eigentumsbegriff unumgänglich. Soweit darin eine Ablehnung des auch hier angewandten Verfahrens liegen soll, ist ihm nicht zuzustimmen [74]). Die Anlehnung an den Eigentumsbegriff ist gerechtfertigt, sowohl etymologisch, wie auch dem Schutzwillen des Gesetzes entsprechend [75]). Maßgeblich ist nur, woraus man den Inhalt bestehen läßt, ob man ihm in seiner vollen Bedeutung gerecht wird, und inwieweit man die Bestandteile in den strafrechtlichen Zueignungsbegriff hinüberzieht. In den angeführten Fällen kann die formale Lehre nur darum zu unbefriedigenden Ergebnissen führen, weil sie wegen ihrer besonderen Merkmale nicht unter den gefaßten Zueignungsbegriff zu subsumieren waren (so in den Fällen der Wertzueignung) oder, obwohl sie nicht dahin gehörten, infolge einer zu weit gehenden Generalisierung evtl. mit subsumiert werden mußten. (Vgl. die Ausführungen über Zerstörung und Gebrauch und die dabei angegebenen Stellungnahmen Krebs' und Saerbecks.) Damit erscheint der Versuch einer anderen Begriffsabgrenzung gerechtfertigt [76]), für die die obige Ausführung Grundlage sein soll. Die rein statische Auffassung muß durch die dynamische, lebensvollere ersetzt werden, oder diese muß mindestens gleichberechtigt neben jener stehen.

In diesem Zusammenhang sei noch das Vorgehen Tänzlers erwähnt, dem nicht beigepflichtet werden kann [77]). Er sucht für das Ergebnis, den Anschluß an die Werttheorie, eine Rechtfertigung durch das Gesetz und will sie darin finden, daß er das Eigentum des rechtlichen Gewandes entkleidet. Was dann übrigbleibe, sei nicht die formale Sachherrschaft, sondern die ausschließliche Verwertungsmöglichkeit. Damit ist man jedoch wieder in den schon gerügten Fehler der Einseitigkeit gefallen, womit, wie im folgenden gezeigt werden wird, wenig erreicht ist. Das Ergebnis ist um so befremdender, als Tänzler S. 12 selbst ein „Pseudo-Eigentumsverhältnis" verlangt.

Betrachtet man nun von der gegebenen Grundlage, dem materiellen Gehalt aus, das Verhältnis zum Täter, so drängt sich der Wertgedanke in dieses Verhältnis. „Die Sachen — ‚Güter' im

---

[73]) Aus allgemeinen Erwägungen kommen zu demselben Resultat: Gleispach, S. 10 f.,; Zimmer, a. a. O., S. 75 ff.; Krebs S. 23.

[74]) Ger. S. Bd. 103, S. 296.

[75]) Vgl. auch Denkschrift, S. 104.

[76]) Über die Begriffsbildung vergl. Drost, Das Ermessen des Strafrichters, 1930, S. 17 ff., bes. S. 24.

[77]) a. a. O., S. 38.

engeren Sinne des Wortes — sind für den Menschen von Bedeutung, weil er ihrer zur Befriedigung seiner Bedürfnisse bedarf"[78]). Damit setzt aber Gleispach etwas voraus, was er nicht hervorhebt, sondern von Sauer und, ihm folgend, von Zimmer gründlich durchdacht wurde: den Wert der Sache. Denn Bedürfnis bedeutet nichts anderes als einen empfundenen Wertmangel, der nur dadurch beseitigt werden kann, daß ein entsprechender Wert zugeführt wird. In diesem Zeitpunkt ist die Bedürfnisbefriedigung gegeben. Mit der Einführung dieses Wertungsverhältnisses ist der Untersuchung ein gänzlich anderer Weg gewiesen. Nicht die Herrschaft über die Sache ist mehr Ausgangs- und Zielpunkt, sondern der materielle Gehalt, von nun an ökonomisch ausgedrückt, der Wert der Sache, entweder in ihrer Substanz liegend oder infolge eines Gesellschaftsurteils losgelöst von ihr.

In diesem Punkt setzt nun wieder der Streit um die nunmehr wesentliche Frage ein, wann eine Sache von Wert, dieser Wert Gegenstand der Zueignung sei. Von vornherein muß eins hervorgehoben werden: die Rechtswissenschaft wagt sich hier auf ein Gebiet, in dem sich der spekulative Geist wegen des Fehlens ganz sicherer Fundamente Zügel anlegen muß[79]).

Die Nationalökonomie unterscheidet zwischen dem objektiven und subjektiven Wert eines Gutes. Objektiv ist derjenige Wert, der ihm ohne die Berücksichtigung der Beziehung zu einem bestimmten Individuum zugeschrieben wird[80]). Es stehen sich hier wertende Gesellschaft und Wertungsobjekt gegenüber, aus deren Relation zueinander sich das Wert- und Unwerturteil ergibt. Diejenigen, die ihre Wertbestimmung auf diesem Maßstab aufbauen, sind insbesondere Hälschner, Doerr und v. Pradzynsky. (Ebenso John, Z.Str.W. 1 S. 266.)

Die Folge dieser Wertungsgrundlage ist, daß z. B. Doerr („Das Objekt bei den strafbaren Angriffen auf vermögensrechtliche Interessen"), a. a. O. S. 156, ausführt, die Zueignungsabsicht müsse auf die rechtswidrige Bereicherung auf fremde Kosten, „auf die Vermehrung des wirtschaftlichen Vermögens gerichtet sein" (S. 152). Eine Sache, die von der Gesellschaft gleich gewertet wird, kann eine solche Wertung nur dann erfahren, wenn das Wertungssubjekt mit einem allgemeingültigen und anerkannten Maßstab an die Wertung herangeht. Liegt ein solches Gut vor und tritt es in den Wirtschaftskreis eines Individuums, so liegt eine objektive Vermögensvermehrung[81]), eine Bereicherung in dieser

---

[78]) So Gleispach a. a. O., S. 11.

[79]) Vgl. z. B. die unten folgende Kritik an den Sauer'schen Wertvoraussetzungen.

[80]) Hierzu und dem Folgenden: Böhm-Bawerk, Grundzüge der Theorie des wirtschaftlichen Güterwertes, Jahrbuch für Nationalökonomie und Statistik, N. F. XII, S. 4; Menger, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, I. Teil, S. 3 u. 77 f.; Karl Jentsch, Volkswirtschaftslehre, Leipzig 1920, S. 37 ff.; Siebert, a. a. O., S. 57 ff.; Sauer, „Schließen sich usw." a. a. O., S. 43 ff.; v. Pradzynski, a. a. O., S. 47.

[81]) Über den Begriff des Vermögens unten.

Zuführung. Eine dadurch aufgeworfene Frage hat lange Zeit im Vordergrund des Interesses gestanden, die Frage nach dem Verhältnis von Zueignungsabsicht und Bereicherungsabsicht[82]). Die Notwendigkeit der Bereicherungsabsicht ergibt sich bei der Forderung nach dem objektiven Wert der Sache. (So auch Saerbeck, a. a. O. S. 26; Blümel, a. a. O. S. 18 f.; Beling, Grundzüge, S. 84). Beide stehen in einem gegenseitigen Bedingungsverhältnis zueinander.

Der Entwurf 1927 stellte in § 328 dieses Erfordernis auf. „Wer eine fremde bewegliche Sache in der Absicht wegnimmt, sich oder einen Dritten durch Zueignung der Sache unrechtmäßig zu bereichern, wird wegen Diebstahls mit Gefängnis bestraft." Die geschichtliche Entwicklung dieser Frage ist sehr interessant. Das römische Recht forderte Bereicherung: „Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus ejus possessionisve"[83]). Aber wenn auch die „gemeinrechtliche Doktrin das Motiv der Gewinnsucht als wesentliches Moment im Tatbestand des Diebstahls" betrachtete[84]) und der Codex juris Bavarici Criminalis von 1757[85]) oder die Constitutio Criminalis Theresiana von 1803[86]) das gewinnsüchtige Moment hervorheben[87]) und, nach der übersichtlichen Darstellung von Paulus, andere europäische Staaten das Merkmal noch in ihren Strafgesetzbüchern haben[88]), so ist hieraus noch nichts für die Gestaltung des deutschen Rechts, weder für die Interpretation des geltenden noch für die Neufassung des zukünftigen, zu entnehmen. Geht man davon aus, daß die beiden Tatbestände dem Vermögensschutz dienen sollen (vgl. hierzu Doerr, „Die Objekte bei den strafbaren Angriffen" usw., a. a. O. §§ 29/31), so würde die Wegnahme von Sachen gegen Hinterlegung des Wertes nicht unter Diebstahl fallen. (Hierüber auch Gebauer, a. a. O. S. 89; Bülow, a. a. O. S. 33). „Beim Täter oder dem dritten Bereicherungsdestinatär muß ein Gleichgewichtsverhältnis herrschen zwischen Zugang und Abgang an geldwerten Gütern", sagt Paulus a. a. O. S. 43. Diese Folgerungen sind alle nicht zu bezweifeln, wenn man von dem Begriff des geldwerten Gutes ausgeht. Ein Austausch bewirkt keine Veränderung im Vermögen des wehrlosen Betroffenen, der nun nicht mehr „Geschädigter" oder „Verletzter" ist. Was aber schützt das Gesetz? Darüber kann doch kein Zweifel bestehen: die fremde Sache, nicht aber ein „geldwertes Gut". Doerr glaubt in den §§ 247, Abs. 1, 370 Ziff. 5 StrGB. eine Stütze für die Allgemeingültigkeit der objektiven Wertlehre zu finden. („Das Objekt bei den strafbaren Angriffen auf vermögensrechtliche Interessen, a. a. O. S. 132

---

[82]) Das muß folgerichtigerweise auch für die Unterschlagung gelten.

[83]) Paulus in 1. I, § 3, D 47, 2.

[84]) Hälschner, Bd. II 1, S. 293.

[85]) I. Kap., 2 § 1.

[86]) § 151.

[87]) Siehe ausführlicher mit weiteren Nachweisen bei Siebert, a. a. O., S. 14.

[88]) So Norwegen, Italien, Rußland, vgl. Paulus a. a. O., S. 95.

bis 133). Ich sehe in der Verwendung des Ausdrucks „Sachen von unbedeutendem Wert" keine Veranlassung dazu, die Eigentumsverbrechen zu Vermögensverbrechen zu machen. Wäre es nicht auch möglich zu sagen: weil der Gesetzgeber auch wertlose Sachen schützen wollte, nahm er der besonderen Umstände wegen bei diesen Sonderdelikten den objektiv wertlosen Sachen den Schutz, beschränkte aber die Milderung der Strafandrohung aus rechtspolitischen Gründen auf Sachen von unbedeutendem Wert. Der Gesetzgeber hat in § 247 zwischen dem Familien- und dem Staatsinteresse vermittelt. In § 370, Ziff. 5, vermittelt er zwischen der augenblicklichen Not eines Menschen und dem Interesse des Staates an der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung. Das Ergebnis dieses Kompromisses kann nicht als positivrechtliches Argument für die objektive Werttheorie genommen werden. Wohl kann die fremde Sache ein geldwertes Gut sein. Daß man eine mögliche Eigenschaft der Sache über diese selbst stellte, war Ausgangspunkt und zugleich der unabwendbare Fehler dieser Theorie.

Es ist schlecht bestellt mit dem von Paulus a. a. O. S. 100 gebrachten Argument, die Aufnahme der Bereicherungsabsicht entspreche der Volksanschauung. S. 102 a. a. O. wendet er sich gegen den berechtigten Vorwurf, daß in der Forderung der Bereicherungsabsicht eine Bevorzugung der Reichen liege. Darin sei ein Vorwurf gegen den Reichtum überhaupt zu sehen. Paulus gesteht aber damit die Bevorrechtigung ein und spricht sich gegen eine rechtliche Gleichstellung von Arm und Reich aus. Die Unrichtigkeit wird sich auch aus der Gesamtkritik der Werttheorie ergeben. Hier möge die gestellte Frage nur kurz verneint werden in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung [89]) und den Motiven [90]), die ausdrücklich auf das subjektive Interesse Rücksicht nehmen. Die Druckschrift lehnt das Bereicherungsmoment als der ratio legis widersprechend ebenfalls ab und verweist es als Beweggrund in das Gebiet der Strafzumessung [91]).

Der künftige Gesetzgeber muß sich darüber klar sein, daß es hier nicht um singulare Dinge, sondern um grundsätzliche Entscheidungen geht. Man kann wohl sagen, daß bei der Beantwortung der behandelten Frage, den Antwortenden bewußt oder unbewußt, zwei einander entgegengesetzte Welten aufeinanderpralen, über deren Richtigkeit oder Unrichtigkeit, Wert oder Unwert, allein die Ethik zu urteilen vermag: die mammonistische und die sittliche Welt. Im Gegensatz zum römischen Recht und den Angleichungsvorschlägen sah das germanische Recht die Eigenart des Diebstahls nicht in der Hinzielung auf einen geldwerten Zweck, sondern in der heimlichen Wegnahme aus fremder Ge-

---

[89]) Beling, Grundzüge S. 84; Staudinger, a. a. O., S. 122, Thommsen, a. a. O., S. 377; Harburger, VDB., 6, S. 312; Frank, § 242 VII 2 c; Lobe, a. a. O., Vorbem. II, § 2; Blümel, S. 18 f.; Saerbeck, S. 52 u. a.

[90]) Bei Rüdorff-Stenglein, a. a. O., S. 523.

[91]) Nur wegen ihrer rechtspolitischen Bedeutung hier erwähnt. a. a. O., S. 105.

were. Nur in der germanischen Auffassung findet sich die reine, sittliche Norm, du sollst nicht stehlen, wieder, die sich mit der ratio legis, j e d e s Eigentum zu schützen, deckt. Jede Zerkleinerung oder sogar Ignorierung wichtiger, ethischer Grundnormen stellt sich als Zufallserscheinung dar, auf die die in Dekadenzperioden geschwächte Gegenströmung mit allem Nachdruck reagieren muß. Für die nahe Zukunft wird jedenfalls diese Streitfrage, ob Bereicherung oder nicht, begraben sein, da die nationalsozialistische Weltanschauung ihre Wurzeln in einer rein sittlichen Weltauffassung hat[92]).

Gegen die Lehre vom objektiven Wert des Zueignungsobjektes ergeben sich noch weitere Bedenken rechtspolitischer Art. v. Pradzynski's Ausführungen gipfeln S. 47 in dem Gedanken, daß als wertlos diejenigen Sachen zu bezeichnen wären, die weder einen Tauschwert noch objektiven Gebrauchswert haben, wie z. B. eine Haarlocke. Das ist das immer wieder vorgeworfene Ergebnis der objektiven Wertbestimmung. Aber v. Pradzynski erscheint es de lege lata selbst zweifelhaft[93]), trotz des Hinweises Doerrs, daß es dem Volksbewußtsein entspreche. Daß das sog. Affektionsinteresse denselben Schutz genießen muß, wie das Interesse des Eigentümers einer solchen Sache, die sich einer allgemein anerkannten Gesellschaftswertung erfreut, wurde oben schon allgemein angedeutet. Ebenso wichtig erscheint mir jedoch folgendes Moment. Es kann eine Haarlocke, die z. B. nach Pradzynski wertlos ist, zu bedeutendem Wert gelangen. So wird vielleicht ein Jahrzehnt nach dem Tode Mussolinis eine von seinen Freunden aufbewahrte Haarlocke einen objektiven Wert repräsentieren. Jeder Italiener würde bereit sein, seinem Vermögen entsprechend, einige Lire für ihren Erwerb zu opfern. Was vorher keinen Gemeinwert hatte, wie z. B. die Haarlocke eines unbekannten Mannes, hat nun einen errechenbaren Geldwert erlangt. 10 Jahre Zeitablauf machen eine Handlung strafbar, deren Bestrafung man vorher, ohne daß eine geistige Umwälzung stattgefunden hat, abgelehnt hatte. Solche Abgrenzungen im Recht deuten also nicht nur auf eine falsche Interpretation hin, sondern sind auch dem Rechtsdenken des Volkes fremd.

Der Entwurf 1927 hat diese Fälle, in denen keine Bereicherung stattfinden kann, in § 334 zu einem besonderen Tatbestand zusammengefaßt, der sich von dem Zueignungstatbestand des § 328 durch das Fehlen des Bereicherungsmomentes unterscheidet. Es liegt ganz im Sinne dieser Ausführung, wenn die

---

[92]) Vergleiche auch die Untersuchung Prühß', a. a. O., S. 41 f.: Die Zueignung sei umfassender und ergreife auch die Fälle, in denen eine Bereicherung nicht vorliege. Auch Frank, a. a. O., § 242, 1; Lobe, a. a. O.; Leipziger Kommentar, S. 765 unten.

[93]) a. a. O., S. 47, Anm. 4. Er sieht in ihm eine Folgerung der soziologischen Schule und empfiehlt, sie de lege ferenda zu delicta sui generis zu gestalten.

Denkschrift eine solche Unterscheidung als durch das Wesen der Eigentumsvergehen nicht für geboten hält[94]).

Ein wesentlicher Mangel der Werttheorie ist auch für den Fall festzustellen, daß jemand eine fortgenommene Sache nach teilweiser Entwertung zurückgibt. Nicht die teilweise, sondern nur die gänzliche Entwertung und Wertzuführung entspricht der Enteignung und Aneignung. Es bleibt für die Werttheorie nur die Möglichkeit der Annahme einer Sachbeschädigung. Wenn jemandem ein Paar gestohlene Schuhe, die er eine Woche getragen hat und damit teilweise entwertet hat, von der Polizei abgenommen werden, könnte er nicht als Dieb bestraft werden. Eine völlige Entwertung hat nicht stattgefunden. Eine teilweise Entwertung ist nicht maßgeblich, da es auch keine teilweise Enteignung geben kann. Trotzdem hat sich der Dieb wie ein Eigentümer geführt, hat zahlreiche Herrschaftsakte vorgenommen. In diesem Falle zerfließen die Grenzen zwischen der Zueignung und der Sachbeschädigung.

Mit einem weiteren Argument gegen die objektive Wertlehre sollen die Ausführungen hierüber geschlossen werden. Wenn der Täter eine in seinem Gewahrsam befindliche Sache verkauft, so liegt die Zueignung nach der objektiven Werttheorie in der Überführung des Geldwertes in das Vermögen des Täters. Wie ist nun das Ergebnis, wenn der Unterschlagungsakt nicht in der entgeltlichen Weitergabe, sondern in der Schenkung besteht? Nimmt man an, daß der erste Zueignungsakt Schenkungsakt ist — denn nur dann können Zweifel auftauchen, da bei einem schon vorhergegangenen Akt eine Überführung in das Vermögen des Täters auf irgendeine Weise stattgefunden hat — dann kann doch nicht gleichzeitig das Vermögen des Täters und des Beschenkten vermehrt worden sein. Ein Zugang an geldwerten Gütern auf der Täterseite hat nicht stattgefunden. Der evtl. früher liegende Schenkungsentschluß ist nicht Handlung und kann darum nicht Zueignung sein. (Vgl. darüber den Abschnitt II dieser Arbeit.) Dieses Ergebnis ist durchaus logisch vom Standpunkt der dargestellten Theorie.

Dieselbe Stellungnahme ergibt sich, wenn eine Sache in Schenkungsabsicht weggenommen wird. Dann wird keine Vermögensvergrößerung erstrebt, sondern diejenige eines Dritten. Auch hier muß, um Unklarheiten zu vermeiden, gesagt werden, daß der Dieb bei der Wegnahme lediglich mit der Absicht handeln muß, die Sache sofort zu verschenken. Von diesem Fall scheint auch Doerr, a. a. O. S. 152, auszugehen. Denn er sagt ausdrücklich: „Also alle diese weiteren Zwecke schließen die diebische Absicht nicht aus." (Vergeuden, verschenken.) v. Bülow, a. a. O. S. 43, u. Pohl, a.a.O. S. 34, scheinen den Ausdruck „weiteren Zwecke" übersehen zu haben, sonst könnten sie Doerr nicht den Vorwurf der Inkonsequenz machen. Wenn der Dieb nämlich

---

[94]) a. a. O., S. 105. Über die verschiedentlich auftretende Wendung: in das Vermögen bringen, (so RG., auch Harburger, VDB. 6, S. 212), vgl. unten bei der Erörterung der Lehre des Reichsgerichts.

beabsichtigt, die Sache später zu verschenken, so geht die Schenkungsabsicht nicht in der Zueignungsabsicht auf. Er erstrebt ja gerade zunächst Überführung in sein Vermögen. Ob er es aber wieder herausnehmen wird, ist noch nicht gewiß. Die Tatsache aber, daß er die Sache, um seine Schenkungsabsicht einmal zu verwirklichen, aus dem Vermögen herausnehmen muß, beweist die Richtigkeit der obigen Annahme. Maßgebend ist also lediglich die beabsichtigte, sofortige Maßnahme im Zeitpunkt der Wegnahme. Das scheint mir ein eindeutiges Unterscheidungsmittel für die Erkennung des Streitfalles zu sein. Ist diese beabsichtigte sofortige Maßnahme eine Schenkung, so ist mangels Überführung in das eigene Vermögen die Zueignung ausgeschlossen, weil nach dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes der Täter „sich" zueignen, die Sache in sein Vermögen überführen muß. (Vgl. auch Saerbeck, a. a. O. S. 59 ff., bes. S. 69). Denn ein formeller Herrschaftsakt genügt ebenso wenig wie die Befriedigung eines ideellen Bedürfnisses. Anders läge der Fall, auf den die Ausführungen Mezgers, J. W. 1934 S. 1657 ff., zutreffen, wenn der Täter durch eine Verfügung über die Sache als Körper ihren Wert in sein Vermögen überführt. Für diesen Fall bedarf es aber einer ausdehnenden Interpretation des Wortes „sich" nicht, da es bei der objektiven Theorie lediglich auf eine Vergrößerung des Vermögens ankommt. Jedenfalls ist eine „gekünstelte extensive Interpretation" (so Saerbeck a. a. O. S. 67) dann zulässig, wenn damit die Folgen einer falschen Grundauffassung beseitigt werden sollen.

Zu einem anderen Ergebnis müssen bei der behandelten Frage die Formaltheoretiker kommen, wenigstens soweit sie einen Herrschaftsakt oder eine Verfügung, die zur Zuständigkeit des Eigentümers gehört, für die Zueignung ausreichen lassen. (So auch Saerbeck, a. a. O. S. 67.) Binding aber spricht sich gegen diese Annahme aus. „Wer wegnimmt, um nicht sich, sondern einem Dritten zuzueignen, als nur Detention erlangen will, um einen anderen zum juristischen Besitzer zu machen, ist Gehülfe, nicht Täter der Zueignung." (Lehrbuch Bd. 1, a. a. O. S. 270; s. auch Normen, a. a. O. S. 1037). Diese Annahme Bindings geht von der Herstellung eines Herrschaftsverhältnisses aus. Gewiß unzutreffend ist sie, wenn schon Gewahrsam vorliegt, denn das Erfordernis der Überführung in das Vermögen, eine Bereicherung als rechnungsmäßiger Maßstab ist bedeutungslos. Eine Herrschaftsbetätigung genügt. (Binding, Lehrb. a. a. O. S. 268 f.). Wenn aber die Zueignung in einem Herrschaftsakte besteht, dann eignet sich doch derjenige zu, der diesen Herrschaftsakt vornimmt. Hiervon zu scheiden ist die Frage, in wessen materiellem Interesse die Handlung vorgenommen wird. Diese Frage müßte aber für die Formaltheorie grundsätzlich außerhalb des Erörterungsbereiches über die Zueignung stehen. In dieser Hinsicht von Bedeutung ist die Entscheidung des Reichsgerichts vom 27. 4. 1934. (J.W. 1934, Heft 27, S. 1657 f.). Zwei Kassenbeamte hatten wissentlich ungedeckte Schecks mit Geldern der Eisenbahn eingelöst. Materiell lag darin eine unentgeltliche Hingabe anvertrauter Gelder. Das RG. nahm Unter-

schlagung an. „Denn es sei unerheblich, ob sie das hingegebene Geld zu ihrem Vermögen in Beziehung bringen wollten." Die Erstrebung eines Vermögensvorteils, einer Bereicherung ihres Vermögens, sei nicht erforderlich. Wesentlich aber sei „die Anmaßung der Herrenstellung über das Geld". (a. a. O. S. 1658.) Damit stellt sich das Reichsgericht zu anderen Entscheidungen nicht in Widerspruch, da es sich zur Einheitstheorie bekennt. (Darüber ausführlich unten.) (Vgl. auch die zustimmenden Bemerkungen Mezgers zu dieser Entscheidung.) Saerbeck, a. a. O. S. 68, stimmt der Ansicht Bindings für den Fall zu, daß man die Herstellung eines Eigentümerverhältnisses verlangt. Ist es aber nicht so, daß bei der Wegnahme einer Sache in Schenkungsabsicht die Absicht der Anmaßung einer Herrenstellung liegt, ja, daß diese Herrenstellung Voraussetzung für die Schenkung ist? Diese Voraussetzung braucht nur logischer Art zu sein. Sie ist es sogar immer, wenn Schenkungsabsicht und Zueignungsabsicht zusammenfallen. Nach Binding würde der Täter, wenn der Dritte gutgläubig ist, wegen des Grundsatzes der Akzessorietät nicht strafbar sein.

Die Mängel der objektiven Werttheorie, die zu ihrer Ablehnung führen müssen, seien noch einmal kurz zusammengefaßt:

1. Unter dem objektiven Wert einer Sache ist der Geldwert zu verstehen. Kommt es nun auf die Erlangung dieses objektiven Wertes an, so muß mit der strafbaren Zueignung zugleich eine Bereicherung verbunden sein. Diese Auffassung widerspricht nicht nur dem Wesen der Zueignungsdelikte, sondern findet auch im positiven Recht keine Stütze.
2. Wertlose Sachen würden schutzlos sein, obwohl das Gesetz als Zueignungsobjekt schlechthin eine „Sache" verlangt.
3. Die Hinterlegung des Wertes würde die Zueignung straflos machen.
4. eine unentgeltliche Verfügung über die Sache wäre straflos, da das Gegenteil der Wertaneignung erfolgt.
5. Bei der teilweisen Entwertung und Wertzuführung zerfließen die Grenzen zwischen Diebstahl und Sachbeschädigung.

2. Die subjektive Wertbestimmung.

Nach der Ablehnung der objektiven Werttheorie kann nur noch die subjektive Wertbestimmung der Betrachtung zugrundegelegt werden. Auch in der Sachwerttheorie ist die von Binding herausgestellte Unterscheidung von Enteignung und Aneignung gleich Zueignung von Bedeutung [95]). Entwertung für den Berechtigten und Wertzuführung für den Täter heißen nun die beiden Akte [96]). Dieser Wert ergibt sich aus der Beziehung des Individuums zur Sache. Gebauer unterscheidet drei Gruppen, die hier, mit Siebert [97]), übernommen werden sollen [98]):

---

[95]) Lehrb. bes. Teil I, S. 267.
[96]) Vgl. Frank, a. a. O., § 242, VII 2a.
[97]) a. a. O., S. 59 f.
[98]) Gebauer, a. a. O., S. 10 f.

1. Die Sache hat Geldwert (objektiven Tausch- oder Geldwert).
2. Sie hat subjektiven Wert. (Das ist der Wert, den die Sache für das Individuum hat. Der Begriff umfaßt also den Affektions- und wirtschaftlichen Wert.)
3. Die Sache gehört nicht zu den beiden genannten Kategorien und repräsentiert somit keinen Wert.

Gebauer nimmt den subjektiven Wert nur unter der Voraussetzung an, daß durch das fragliche Objekt eine wesentliche Wohlfahrtsbedingung des Subjektes erfüllt wird. Als selbständige Voraussetzung kann das jedoch nicht gewertet werden, da schon in der Forderung enthalten ist, daß die Sache „lediglich die persönlichen Bedürfnisse des Eigentümers zu befriedigen" geeignet sei.

Ist nun die Sache als Rechtsgut Gegenstand der Bedürfnisbefriedigung[99]) und als solcher den Menschen von Wert[100]), so muß, wenn eine Entwertung stattfinden soll, ein entsprechendes Wertbewußtsein vorhanden sein. Die Frage, wann eine eigenartige wertschaffende Beziehung gegeben ist, und wie diese gestaltet sein muß, damit im konkreten Fall von einer Entwertung für das bestimmte Subjekt gesprochen werden kann, hat Sauer[101]), zum Teil unter Anlehnung an die nationalökonomische Literatur[102]), mit der Aufstellung der sog. Wertvoraussetzungen beantwortet, die der Übersicht halber den weiteren Ausführungen vorangestellt werden sollen. Trotz ihrer großen Schwächen muß man sie, um zu regelmäßigen Ergebnissen kommen zu können, als durchaus notwendig bezeichnen, da der Begriff des subjektiven Wertes eine schlecht faßbare und manchmal unvorstellbare Größe ist.

1. Es muß ein entsprechendes Bedürfnis vorliegen. (Wertmangel, siehe oben.)

2. Die Sache muß objektiv die Fähigkeit haben, dieses Bedürfnis zu befriedigen.

3. Diese Fähigkeit muß erkannt sein.

4. Das Subjekt muß verstehen, diese Fähigkeit auszunutzen.

5. Das Subjekt muß sich in einer gewissen räumlichen Beziehung zur Sache befinden.

Wie diese nicht eindeutige fünfte Wertvoraussetzung verstanden sein soll, geht aus den folgenden Ausführungen auf S. 47 sowie aus dem S. 71 der Abhandlung verwandten Begriff der „Herstellung der Verfügungsmacht" hervor. Der Täter muß also durch die „räumliche Beziehung" die „Verfügungsmacht" haben.

Wenn also Gegenstand der Zueignung ein dem Berechtigten „wertvolles Etwas"[103]) sein muß, so müssen diese Voraussetzungen vorliegen. So gut es war, einmal von „ökonomisch-psycholo-

---

[99]) Vergl. Schaffstein, a. a. O., S. 297.

[100]) Zimmer, a. a. O., S. 80; Sauer, „Schließen sich usw.", S. 43.

[101]) „Schließen sich usw.", a. a. O., S. 47.

[102]) Menger, a. a. O.,; Böhm-Bawerk, Rechte und Verhältnisse vom Standpunkt der volkswirtschaftlichen Güterlehre.

gischer“ [104]) Grundlage aus an den Begriff heranzukommen, so zeigt doch gerade die Überbetonung dieses Momentes die großen Schwächen, die dieser Begriffserklärung anhaften [105]). Die Fundunterschlagung, die schon oben bei der Lehre von der Herstellung des Eigentümerverhältnisses Schwierigkeiten bereitete, gibt auch hier Anlaß zur Kritik. Wenn A auf einem Waldweg seinen Ring verliert und nach Hause geht, so kann sicherlich von dem Vorhandensein der Verfügungsmacht nicht mehr die Rede sein. Unterschlagung des von B gefundenen Ringes wäre nicht mehr möglich, da Sauer zunächst auf die Zeit des Eingriffes des Täters abstellt und zu dieser Zeit infolge des Fehlens der fünften Wertvoraussetzung der Ring nicht mehr Zueignungsobjekt sein kann [106]). Trotzdem nimmt Zimmer noch das Vorliegen eines „wertvollen Etwas“ an, aus dem richtigen Gefühl heraus, ein Fehlergebnis korrigieren zu müssen [107]). M. E. würde es dann aber folgerichtiger sein, die Verfügungsmacht als Merkmal des fraglichen Rechtsgutsbegriffes überhaupt zu streichen und mit der Hypothese zu operieren, „wenn er die Verfügungsmacht über die Sache hätte“. Daß damit der Kreis der Zueignungsobjekte seine obige Beschränkung verliert, ist doch gerade wünschenswert. Die Unrichtigkeit der Zimmerschen Auffassung (siehe Anm. 107) ergibt sich aus dem von ihm selbst konstruierten Fall.

X in München hat Y in Berlin zum Erben eingesetzt. X kauft ein Theaterbillett und stirbt auf dem Wege zur Vorstellung. Würde man nun sagen, „wenn X die Verfügungsmacht über die Sache hätte“, so wäre ihm das Billett Gegenstand der Bedürfnisbefriedigung, also Angriffsobjekt. Zimmer lehnt aber diese Entscheidung ab. Dem Y sei dadurch nicht geholfen. Die Karte könne ihm nicht zur Befriedigung dienen. Aus dieser Beurteilung ergibt sich ein strafrechtliches Kuriosum. Wenn nun der Krankenwärter C, der dem A schon Sachen und Papiere auftragsgemäß zwecks Aufbewahrung abgenommen hat, die Karte einem Arzt, von dem er weiß, daß er infolge Dienstes erst später zur Vorstellung geht [108]), verkauft, so könnte darin keine Zueignung gesehen werden — ein offenbar unsinniges Ergebnis. Das Strafrecht ist auf einmal nicht mehr in der Lage, die Ehrlichen von den Unehrlichen zu scheiden [109]).

Auch die andere Formulierung Zimmers könnte diesen Fall nicht umfassen; er meint, der Berechtigte müsse zur Zeit der Tat die begründete Aussicht haben, die Sache künftig zu erlangen und

---

[103]) Zimmer, S. 78.

[104]) Sauer, „Schließen sich usw.“, S. 63.

[105]) Vgl. Schaffstein, a. a. O., S. 302.

[106]) Siehe Zimmer, a. a. O., S. 78; Schaffstein, a. a. O., S. 299.

[107]) Obwohl er S. 70 bei der Kritik Sauer's ausführt, daß die Verfügungsmacht, wenn diese fehle, beim besten Willen nicht als vorhanden unterstellt werden könne.

[108]) z. B. wenn er auf dem Wege war, für diesen eine Karte zu holen.

[109]) Vgl. den Fall bei Zimmer, a. a. O., S. 79/80.

Bedürfnisse aus ihr zu befriedigen[110]). Auch Sauer steckt die obigen Grenzen dadurch weiter, daß er unter dem räumlichen Verhältnis die nahe Möglichkeit versteht, den Besitz zu erlangen[111]). Die Unbestimmtheit, die in der Formulierung liegt, erkennt Zimmer selbst, indem er erwägt, ob man nicht das Merkmal „in absehbarer Zeit" aufnehmen solle. Sonderbarerweise kommt er jedoch mit der Begründung zur Ablehnung, daß der Begriff dann auf allzu schwankenden Boden gestellt würde[112]).

Diese Wertvoraussetzung also mit ihrer Wirkung auf den Guts- und Zueignungsbegriff ist wegen ihrer Unbestimmtheit in den Ersatzformulierungen und ihrer zu starken Beschränkungswirkung in der ursprünglichen Form nicht als Abgrenzungskriterium voll geeignet. Mit vollem Recht darf Schaffstein sagen, daß die Verkehrsüblichkeit des Nichtwiedererlangens einer verlorenen Sache wie ein Strafausschließungsgrund wirke[113]).

Daß sich weitere Fehlergebnisse leicht konstruieren lassen, geht aus folgendem hervor. Sachen mit subjektivem Wert sind solche, die der Bedürfnisbefriedigung dienen können, d. h. die Relation zwischen Subjekt und Objekt muß positiven Charakter haben. Ein „wertvolles Etwas" ist immer ein Plus für die Sphäre des Subjektes. Wie würde nun zu entscheiden sein, wenn die gegenwärtige und (nach Zimmer) zukünftige Beziehung zur Sache neutral wäre, außerhalb der subjektiven Wertsphäre stünde, der Berechtigte aber ein negatives Interesse hätte, d. h. ein Interesse daran, daß die Sache aus ihrer neutralen Lage nicht in den Wertbereich eines anderen Subjektes gelangt?[114]). Hier würde die formale Theorie zu einem gesunden Ergebnis gelangen. Man wird nicht sagen können, daß in einem solchen negativ gearteten Interesse die subjektive Wertbeziehung enthalten sei, da ein empfundener Wertmangel nicht gegeben ist. Der Geschäftsherr A hatte vor 5 Jahren einen Vertreter B beschäftigt. Sein Verhältnis zu ihm war vollständig korrekt gewesen. Die nichtssagende, spärliche Korrespondenz wird in einem, im Keller stehenden, verstaubten Aktenschrank aufbewahrt. Der Angestellte B stiehlt einige Briefe aus irgendwelchen Gründen. Hier empfindet A kein Bedürfnis, das er mit den Briefen befriedigen könnte. Trotzdem ist ein negatives Interesse gegeben. Die erste Wertvoraussetzung fehlt. Von Zueignungsabsicht seitens des B könnte keine Rede sein, da das positive Wertungsverhältnis zur Sache auf der Seite des Berechtigten nicht vorliegt. Nur das Vorhandensein sämtlicher Voraussetzungen umkleidet die Sache mit dem erforderlichen positiven Interesse.

---

[110]) Ebenda.

[111]) Goltd. A. Bd. 63, S. 286.

[112]) a. a. O., S. 79, Anm. 1. Das Gegenteil ist aber doch der Fall, da das neue Merkmal den Begriff einschränkt.

[113]) a. a. O., S. 299.

[114]) Vgl. den Hinweis Schaffsteins S. 295 auf diesen wenig beachteten Punkt.

Unüberwindliche Schwierigkeiten bietet auch die dritte Wertvoraussetzung. Sie verlangt, daß der Eigentümer die Fähigkeit der Sache, sein vorhandenes Bedürfnis befriedigen zu können, erkennt. Diese Erkenntnis hat wieder zur Voraussetzung, daß der Eigentümer von dem Vorhandensein der Sache weiß[115]). Fehlt diese Voraussetzung für die Erkenntnisfähigkeit, so kann die Sache nicht Zueignungsobjekt sein. Daß darin wieder eine starke Beschränkung des Kreises der Zueignungsobjekte liegt, ist klar[116]). Zimmer sucht diese nun durch eine Verallgemeinerung zu beseitigen. Man müsse es genügen lassen, daß der Eigentümer allgemein die Fähigkeit solcher Sachen zu erkennen und auszunutzen verstehe. Gegen dieses Verfahren muß — m. E. — Einspruch erhoben werden. Es liegt darin nicht nur eine Begriffsverflüchtigung, sondern es läßt aus sich selbst immer neue und unüberwindliche Gegenargumente entstehen, die uns, wie im folgenden Fall, die allmähliche Auflösung eines scheinbar festgefügten Begriffsgebäudes vor Augen führen. Es ist nicht nur möglich, sondern wird sogar vielfach so sein, daß nicht nur die Erkenntnisfähigkeit hinsichtlich einer bestimmten Sache, sondern auch hinsichtlich gewisser Sacharten überhaupt fehlt. A hat auf dem Boden eine Briefmarke liegen sehen, die schon abgestempelt ist[117]). Sie ist selten und repräsentiert einen Sammlerwert. A weiß das nicht. Er hat keine Briefmarken- und Sammlerkenntnisse. Trotz der Zimmerschen Modifizierung sind die dritte und vierte Wertvoraussetzung nicht gegeben. Jeder Mensch würde darin aber doch eine rechtswidrige Zueignungsabsicht sehen, wenn sie ohne Einwilligung des A mit Verwertungswillen fortgenommen würde. Die Marke befand sich doch in der Wertsphäre des A und muß den Eigentumsschutz genießen[118]). Auch die formale Lehre würde in diesem Falle zu einem vernünftigen Ergebnis gelangen.

In seiner Kritik an Sauer weist Saerbeck auf einen Punkt hin, der schon bei Zimmer Gegenstand langwieriger Erörterungen gewesen ist. Es wurde schon hervorgehoben, daß sich, unter entsprechender Anwendung der Bindingschen Unterscheidung, Entwertung und Wertzuführung gegenüberstehen müßten. Darüber hinaus verlangte man jedoch als weiteres Element auch die Wertminderung, um dem Begriff einen umfassenderen Umfang zu geben. „Die Sache ist entwertet, wenn der Eigentümer keine Bedürfnisse mehr aus ihr befriedigen kann, im Werte gemindert, wenn er seine Bedürfnisse aus ihr nicht mehr in dem Maße wie vorher befriedigen kann“[119]). Bei der Aufnahme dieses Momentes in die Zueignungsdefinition ist das Bestreben leitend gewesen,

---

[115]) So auch Zimmer, a. a. O., S. 69; Schaffstein, a. a. O., S. 300.

[116]) z. B.: Ein Bauunternehmer weiß nichts von einem hinter einem abgelegenen Schuppen liegenden Hauklotz. Obwohl die Verfügungsmacht vorliegt, kann sich niemand die Sache strafbar zueignen.

[117]) Wegen seiner Anschaulichkeit wurde dieser Fall von Schaffstein, a. a. O., S. 300 übernommen.

[118]) Bei weiterer Prüfung würden sich nur die Voraussetzungen 2 und 5 herausfinden lassen.

[119]) Zimmer, a. a. O., S. 81.

diese sicherlich recht zahlreichen Fälle der nicht vollständigen Entwertung, an dem Schutz des Gesetzes teilnehmen zu lassen. Dann aber kann man sich vor dem Vorwurf Saerbecks nicht schützen, die klare Abgrenzung sei damit gegenüber dem furtum usus verloren gegangen, da auch im Gebrauch in den weitaus meisten Fällen eine Wertminderung zu sehen sei[120]). Gerade aber hierin sollte sich eine Verbesserung gegenüber der formalen Lehre zeigen. In dem Wunsch, weitfassend zu generalisieren, ist man über das Ziel hinausgeschossen, das mit der Entwertung erreicht sein sollte. Saerbeck übersieht aber mit diesem Vorwurf, daß nur ein Teil der Schriftsteller sich hierzu bekennt. Aus der Begriffsbestimmung Gleispachs[121]), (Genuß und Ausschluß vom Genuß, vergl. hierzu Saerbeck, S. 36; Tänzler, a. a. O. S. 15) und besonders Franks (Erlangung des Wertes in der Absicht des Ausschlusses des Berechtigten) geht die notwendige Beschränkung eindeutig hervor. Die Zweifel, die sich bei der Fassung Franks ergeben könnte, werden durch seine Ausführungen (§ 242 VII 2a) über den Gebrauch aus dem Wege geräumt: „Ist nachher der Wert für andere aufgehoben, so steht es dem Begriffe der Zueignung nicht entgegen, wenn der Täter die entwertete Sache zurückgibt."

De lege ferenda wird voraussichtlich ein Bedürfnis für die extensive Begriffsbestimmung nicht mehr auftauchen können. Offenbar will die Denkschrift diese Fälle durch die dritte Alternative S. 111 a. a. O. treffen. Es heißt dort: „Wegen Gebrauchsanmaßung wird bestraft, wer in anderer Weise als durch Beschädigung oder Zerstörung auf eine fremde Sache so einwirkt, daß der Verletzte sie nur nach einem nicht unerheblichen Aufwand an Arbeit, Kosten oder Zeit wieder gebrauchen kann." Allerdings — die Fälle der Wertminderung, bei denen eine Werterhöhung nicht möglich ist, können auch hierunter nicht subsumiert werden[122]).

Im Zueignungsbegriff kann jedenfalls nur das extreme Merkmal Geltung haben, weil es der Enteignung korrespondieren muß und der Fall einer minderen Enteignung begrifflich unmöglich ist. Bei der Ablehnung der Fassungen Zimmers und Sauers[123]), würde sich somit doch eine brauchbare Abgrenzung vom usus in dem Merkmal der Entwertung finden lassen.

Die bisher gemachten Hinweise auf die Fehler und Mängel der subjektiven Sachwertlehre ergaben sich im wesentlichen aus der Betrachtung des Verhältnisses zwischen dem wertenden Berechtigten und der Sache. Unter Hereinnahme der Täterbeziehung

---

[120]) a. a. O., S. 34/35.

[121]) a. a. O., S. 17. Die in dem Begriff enthaltene 2. Alternative ist nur mit Rücksicht auf den Diebstahl geschaffen, in dem Gleispach ein Zueignungsdelikt sieht. Die Angriffe im Schrifttum gegen die Verwendung des Genußbegriffes sind z. T. berechtigt.

[122]) Der Frage braucht hier nich weiter nachgegangen zu werden. Evtl. ist die Subsumtion unter die erste Alternative möglich. Vgl. ebenda.

[123]) Dem Begriff Sauers folgt Tänzler, a. a. O., S. 35.

zur Sache in die Untersuchung glaubt Blümel der subjektiven Theorie den Vorwurf einer contradiktio in adjecto machen zu müssen. Es sei unmöglich, den subjektiven Wert einer wirtschaftlichen Verfügung zu unterwerfen, weil auch für den Täter dann ein Wert vorliegen müsse. Läge das aber vor, so könne man nur noch von objektivem Wert sprechen. Richtig ist, daß dem Täter, um von einer subjektiv bestimmten Verwertung (Werterlangung, Wertzuführung, Genuß) reden zu können, die Sache als ein wertvolles Etwas ebenfalls erscheinen muß. Andernfalls würde der Täter lediglich entwerten (enteignen) und das, was man bestimmen wollte, die Zueignung, harrte weiter der Lösung. Unrichtig ist aber zu sagen, es wäre immer objektiver Wert vorhanden, wenn nur zwei Menschen mit einer persönlichen Wertempfindung einer Sache gegenübertreten. Damit ist das Erfordernis der Gesellschaftswertung nicht erfüllt. Nach wie vor ist die Individualrelation zur Sache Ausgangspunkt. Die Schlußfolgerung Blümels, das Objekt müsse daher objektiven Gebrauchs- oder Tauschwert haben, ist aus diesem Grunde verfehlt [124]). Gewiß aber kann eine Sache mit subjektivem Wert zugleich objektiven Wert haben. Letzterer ist aber nicht Notwendigkeit und Ausgangspunkt, sondern stellt nur eine Möglichkeit dar.

Durch die Hereinbeziehung Dritter glaubt Schaffstein [125]) ein Argument gegen die besondere Betonung der subjektiven Wertbeziehung des Eigentümers zur Sache zu bringen, unter Ablehnung dieses von Zimmer [126]) und Sauer [127]) eingenommenen Standpunktes. Zubehörstücke eines Grundstückes, das mit Hypotheken überlastet ist, könnten für den Eigentümer subjektiv wertlos sein. Trotzdem blieben sie taugliche Objekte, weil §§ 242, 246 auch die Interessen der Hypothekengläubiger schützten. Schaffstein übersieht hier — m. E. — zwei wesentliche Tatsachen.

1. Die §§ 242, 246 schützen nicht irgendwie geartete wirtschaftliche Interessen, sondern fremdes Eigentum. Zwar erstreckt sich die Hypothek auch auf das Zubehör als Mithaftungsgegenstände gemäß § 1120 BGB. Eine Eigentumsverschiebung tritt dadurch nicht ein. Nach wie vor ist bei einer evtl. Zueignung der zu Verletzende der Eigentümer und dieser somit der Schutzberechtigte.

2. Die Vermutung bezüglich der subjektiven Wertlosigkeit der Sache trifft in keinem Falle zu. Besteht eine Hypothek, so ist eine Schuld vorhanden. Diese Schuld entspricht einem empfundenen Wertmangel in der Psyche des Schuldners und einem Bedürfnis nach Beseitigung dieses Mangels. Die Zubehörstücke sind auch objektiv geeignet, das Bedürfnis bis zu einem gewissen Grade zu befriedigen. Da auch die weiteren Wertvoraussetzungen vorliegen werden, so kann man bei genauerer Betrachtung Zubehörstücke eines überlasteten Grundstückes nicht als subjektiv wert-

---

[124]) Siehe Blümel, a. a. O., S. 20 f.
[125]) a. a. O., S. 301.
[126]) a. a. O., S. 75, 78, 87.
[127]) Goltd. Arch. a. a. O., S. 287.

los bezeichnen. Wie würde sonst zu entscheiden sein, wenn der Eigentümer just in dem Augenblick nach der Zueignung durch einen Erbfall in die Lage gesetzt würde, seine Schulden aus Barmitteln zu bestreiten? Von Sekunde zu Sekunde würde sich so der Charakter einer Handlung als eine strafbare oder straflose ändern. Die Kritik Schaffsteins, die sich zudem an diesem Punkte außerhalb der subjektiven Wertlehre bewegt und den richtigen Ausgangspunkt, nämlich diese Lehre selbst, verfehlt, entbehrt somit der ausreichenden Begründung.

Diese Erörterung Schaffsteins führt jedoch auf das wichtigste und wesentlichste Argument. Schon Zimmer erkennt an, daß die Zueignung, inhaltlich durch die Wertlehre bestimmt, bei wertlosen Gegenständen versagen muß[128]). Das gilt sowohl gegen die objektive wie auch subjektive Wertbestimmung. Nach der schon angeführten Einteilung Gebauers ist jede Sache, die außerhalb des subjektiven Gebrauchs- oder Tauschwertes liegt, wertlos. Bei einer Kombination der Gliederung Gebauers (a. a. O. S. 10) mit den Wertvoraussetzungen Sauers ergeben sich zahlreiche Fälle, in denen Sachen zur dritten Gruppe gehören, die man ohne die sicherlich fruchtbare Festlegung der Voraussetzungen zu einer der ersten beiden Wertkategorien gezählt haben würde. Im Anschluß an die obige Einzelkritik steigen gegenüber der Ignorierung dieser wertlosen Sachen Bedenken auf, die ihre unmittelbare Grundlage im Gesetz haben. Die Tatbestände sprechen von einer Sache, also nach herrschender Meinung von einem raumfüllenden Gegenstand, der Zueignungsobjekt sein soll. Daß es auch der in der Sache sich realisierende Eigentumsgehalt sein kann, wurde schon oben unter I b 1 dargetan. Die sog. wirtschaftliche Theorie kann daher in ihrem Ausgangspunkt nicht angegriffen werden. Daraus ist aber nun keineswegs die Folgerung zu ziehen, daß dort, wo ein solcher materieller Gehalt nicht in Erscheinung tritt, die Sache auch nicht die vom Gesetz gemeinte sei. Sie ist vielmehr auch dort, wo sie des Wertes entkleidet ist oder zu sein scheint, dem ausdrücklichen, nicht umzudeutenden Gesetzeswillen entsprechend mögliches Zueignungsobjekt. So ist der Vorwurf zu verstehen, den Paulus als Anhänger der Formaltheorie[129]) Frank macht: er berücksichtige die augenblickliche konkrete Sachform in ihrer rechtlichen Bedeutung zu wenig[130]). Damit ist freilich auch die subjektive Theorie an dem Punkte verneint, wo sie Gegenstände schutzlos sein läßt, die aber von dem Schutzwillen des Gesetzes mit umfaßt werden. Gewiß, zwischen Wert und Unwert sind flüssige Grenzen. Gerade dieses spezifisch-wirtschaftliche, dynamische Element in einer objektiv-ökonomischen oder ökonomisch-psycholo-

---

[128]) a. a. O., S. 5; vgl. auch Tänzler, S. 39 ff.; Sauer, a. a. O., S. 63 „Schließen sich usw." und Goltd. Arch. Bd. 63, S. 286; Pradzynski, a. a. O., S. 47; Schaffstein a. a. O., S. 297.

[129]) a. a. O., S. 15.

[130]) a. a. O., S. 12, ebenso S. 11 gegen Gleispach, das Wesen des Eigentums bestehe nicht bloß im Genuß.

gischen Begriffsbestimmung veranlaßt Blümel [131]), die Klärung von dieser Seite her überhaupt abzulehnen. Mit derselben Entschiedenheit wendet sich Binding [132]) gegen die „Verwirtschaftlichung von Rechtsbegriffen". Sie seien vage und unklar, seien falsch, weil sie vielfach nicht zuträfen [133]). Das heißt jedoch wieder — m. E. — über das Erforderliche hinausschießen. Richtig ist, daß das Wort „zueignen" in engster Beziehung zum Eigentum verstanden sein will. Daß man sich aber im rein Wirtschaftlichen verlor, ist der Werttheorie zum Verhängnis geworden, weil sie

1. die Sache (als körperlichen Gegenstand) in den Begriff nicht mehr mit einbezog, sondern nur mehr dem Sachwert als neue Größe Beachtung schenkte, und

2. sich im Gebiet der Wertlehre großen Schwierigkeiten gegenüber sah. (Vgl. oben.)

Ein Kieselstein repräsentiert keinen Wert. Mit wieviel Steinen beginnt aber der Wert? In dieser Frage liegt das große Geheimnis, das jede allein vom Wertgedanken aus orientierte Richtung umgeben muß. Wenn jemand täglich zwei Kieselsteine aus einem Parkweg entfernt, liegt dann Diebstahl vor? Am Ende des Jahres sind es schon über 700 — genügend für den Spielplatz eines Kindes. Ist der Täter in der Beschränkung Meister und errechnet er sich die Grenze, an der die subjektive Wertlosigkeit beginnt, so kann er seine Sozialwidrigkeit ungehindert betätigen. Denn auch eine Summe strafloser Handlungen kann diese nicht zu strafbaren machen.

Im Ergebnis stimmen hiermit auch einige neuere Schriftsteller überein. Siebert [134]) geht davon aus, daß Eigentum auch an wertlosen Sachen möglich sei, und bejaht dann folgerichtig die Objektsfähigkeit dieser Sachen für die Zueignung. Die Vertreter der Eigentumsdeliktstheorie müssen sich immer, dem Ausgangspunkt, der Sache, gemäß auf denselben Standpunkt stellen [135]). Saerbeck [136]) hält der Formaltheorie wegen der Substanzbetonung den Satz „minima non curat Praetor" entgegen. Falsch wäre es aber nun zu sagen: maxima curat Praetor. Das hieße letzten Endes, dem Praetor zuliebe einen Strafausschließungsgrund schaffen und die Aufgabe des Richters, die kriminellen Elemente aus der Gemeinschaft der Volksgenossen auszuscheiden und festzustellen, wäre um der Aufrechterhaltung eines unerweislichen Prinzipes willen nur beschränkt möglich. Ob eine Stellungnahme, eine Definition oder Entscheidung als richtig bezeichnet werden kann, ergibt sich aber nur aus dem Urteil darüber, inwie-

---

[131]) a. a. O., S. 22.

[132]) Normen II, 1037. Blümel und Binding stimmen in der Kritik überein, gehen aber in der positiven Stellungnahme auseinander.

[133]) In seiner Polemik gegen die vom RG. in E. 40, S. 10 ff. vertretene Wertauffassung, sowie gegen die Werttheorie allgemein. Normen II 2, S. 1037, Anm. 5.

[134]) a. a. O., S. 62.

[135]) Vgl. Binding, Lehrb. bes. Teil 1, S. 256; Schwartz, a. a. O., S. 534.

[136]) Saerbeck, a. a. O., S. 42; ebenso Sauer, Goltd. Arch. Bd. 63, S. 286.

weit die Eignung dafür vorliegt, der der Justiz zugrunde liegenden Zweckidee zu dienen, wenn nicht das Gesetz selbst die Auslegung in feste Grenzen zwingt.

Das Resultat der Erörterungen sei kurz zusammengefaßt:

1. Es ist schwer, die Voraussetzungen zu bestimmen, unter denen von dem subjektiven Wert einer Sache gesprochen werden kann. Die Grenzen sind flüssig, da man es mit der menschlichen Psyche zu tun hat und weniger an objektive Tatsachen gebunden ist.
2. Die wertlosen Sachen vermag auch die subjektive Werttheorie nicht zu schützen. Dadurch setzt sie sich ebenfalls in Widerspruch zum objektiven Recht.
3. In den Fällen, in denen nur eine Wertminderung, also keine Entwertung, vorliegt, versagt auch die subjektive Theorie.

c) Die Einheitstheorie.

(Verknüpfung der Einzelfundamente, Ausbau und Begründung.)

Das Verhältnis der Objekts- und Sachwerttheorie zueinander war bisher ein gegenseitig ausschließendes. Man glaubte sich gewissermaßen von entgegengesetzten Polen ausgehend und fühlte sich im Bannkreis dieser Pole verhaftet, wobei die Begründung, namentlich für die wirtschaftliche Theorie, oft zu wünschen übrig ließ. Wenn z. B. Frank[137]) sagt, daß, wenn die Zueignung nicht als juristischer Eigentumserwerb aufgefaßt werden könnte, sie zunächst vom wirtschaftlichen Standpunkt aus bestimmt werden müsse, so liegt darin — m. E. — mehr Willkür als Begründung. Dieses gegenseitige Verneinungsverhältnis der beiden Lehren hat sich Jahrzehnte hindurch behauptet. Und man kann wohl auf Grund obiger Kritik sagen, daß beide in ihrem Anspruch auf Alleinrichtigkeit und Exaktheit fehlgehen. Auf die notwendige Scheidung des tatsächlichen Eigentumsgehalts in seinem formellen und materiellen Teil wurde oben schon ausführlich hingewiesen[138]). Jede Lehre, die sich auf die Heraushebung eines Merkmals und die daraus sich ergebende Ignorierung oder gar Negation des andern gründet, muß zu einem völlig unzulänglichen Zueignungsbegriff führen. Nicht Trennung, sondern Vereinigung muß maßgebend sein, nicht Verneinung, sondern gegenseitige Ergänzung, wenn nicht das Schrifttum über diese Fragen in der Wiederholung stecken bleiben soll. Von dem Eigentumsrecht ist der Eigentumsgebrauch zu scheiden. Beides kann dem Eigentümer zustehen, kann aber auch getrennt sein, und zwar auf Grund zivilrechtlicher Gestattung oder ohne diese Gestattung, d. h. widerrechtlich. Dieser letztere Fall umfaßt den ganzen Komplex der Zueignungsdelikte. „Etwas anderes ist nämlich das Recht, etwas anderes der Gebrauch des Rechtes. So hat ein unmündiger Erbe

---

[137]) a. a. O., § 242 VII, 2a.

[138]) Vgl. hierzu oben S. 18 ff., wo die Begründung, eigentlich hierher gehörig, vorgenommen wurde.

nach dem Tode des Erblassers ein wahres Eigentumsrecht an den ererbten Gütern, er ist der wirkliche Eigentümer derselben, und doch hat er den Gebrauch des Rechtes nicht“ [139]). Dieser Gebrauch — unter Loslösung von dem gemeinten Rechtsgebrauchsbegriff auf das vorliegende Problem übertragen — ist nichts Juristisches, sondern etwas Tatsächliches, Herrschaft und Nutzung umfassend. Erst dann ist ein Pseudo-Eigentumsverhältnis begründet, eine „tatsächliche Gestaltung“ vorhanden. Zwar kann die Herrschaft ohne Nutzung existent sein, braucht es aber nicht, ebenso wie die Nutzung der Herrschaft immanent sein kann. Dieser Weg wird seit einigen Jahren von v. Calker, Blümel, dem RG. und neuerdings von Schaffstein vertreten.

Bevor nun die in dieser Richtung gehenden Einzelausführungen zu I a und I b, 1 weiter ausgebaut werden sollen, sei noch ein möglicher Vorwurf nach der Verfahrensseite hin zurückgewiesen. Als Othmar Spann[140]) dem Solidarismus mit der Kritik gegenübertrat, er stelle nur eine Klitterung von Individualismus und Sozialismus dar, begegnete man ihm von wissenschaftlicher Seite mit dem Vorwurf, daß die Begründung einer neuen Weltanschauung die Negation der bestehenden in sich schließe. Die Verbindung zweier bisher sich gegenseitig verneinender Definitionen des Zueignungsbegriffes könnte in demselben Maße als Klitterung aufgefaßt werden, da sich die bestehenden Mängel nun im neuen Begriff vereinigen und diesen darum noch unerträglicher machen. Begrifflich — und darauf kommt es an — liegt eine völlige Selbständigkeit vor, weil sich das Ergebnis aus der Beachtung des g e s a m t e n Eigentumsgehaltes ergibt und dadurch einseitige Interpretationen eo ipso negiert werden. Allerdings gilt es, das Verhältnis beider Merkmale in ihrem Wert für die Praxis abzuwägen, um die Vorrangstellung des einen oder anderen Merkmals herauszufinden und so die gerügten Fehlerquellen zu beseitigen. Weil diese Notwendigkeit nicht beachtet wurde, enthält z. B. die Definition Schaffsteins zahlreiche Mängel und bedeutet, obwohl sie auf dem richtigen Grundgedanken aufbaut, in dieser Fassung keinen Fortschritt. (Ausführlicher unten.)

Blümel [141]), der sowohl die formaljuristische wie auch die wirtschaftliche Theorie ablehnt, die erstere wegen ihrer Morschheit, die letztere wegen ihrer Unklarheit, versucht im Anschluß an die Kritik der Formaltheorie einen neuen Ausgangspunkt zu gewinnen. S. 15 a. a. O. führt er aus, diese Theorie vergesse, daß Diebstahl und Unterschlagung deutschrechtliche Institute und daher trotz ihrer Beziehungen zu Rechtsformen des BGB. dem römisch-rechtlichen Geiste abstrakter Formen und Formelbildung unzugänglich seien. Als gewichtiges Argument kann das freilich nicht gewertet werden. Abstraktionen sind wissenschaftliche For-

---

[139]) Cathrein, Das Privatgrundeigentum und seine Gegner, Freiburg 1909, S. 117.

[140]) Haupttheorien, Leipzig 1930, S. 177.

[141]) a. a. O., S. 13 und 25.

mulierungen von primärer Bedeutung. Was Blümel damit jedoch hervorheben will, geht besonders aus den Ausführungen S. 22 f. hervor. Der Zueignungsbegriff müsse eng an das Eigentum angelehnt werden. Das kann trotz verschiedentlichen Widerspruches nicht genug bekräftigt werden. „Eigen, ein substantiviertes Partizip des Verbums eigan = haben, ist ein gemein-germanisches Wort, das auf Grundstücke angewandt wurde und sie als zu jemandem gehörig, als gehabte Gegenstände bezeichnete“ [142]). Diesem Eigentum, fährt Blümel fort, solle der deutsch-rechtliche Eigentumsbegriff zugrunde gelegt werden, der nicht gekennzeichnet sei durch das abstrakte Herrschaftsverhältnis[143])[144]) über eine willenlose Sache, sondern durch die zwischen Menschen und Menschen bestehende innere Beziehung zur Sache. Von diesem richtigen Grundgedanken aus gilt es ein gemeinsames Fundament für die hier eingenommenen Stellungnahmen zu finden.

Daß sich der römische Eigentumsbegriff vom deutschen durch die scharfe Hervorhebung der Herrschaft des Individuums über die Sache unterscheidet, bedarf hier nur eines Hinweises[145]). „Es geht (das Eigentumsrecht) nicht auf in dem Begriffe eines Individualrechts“ [146]). Die materielle Verkettung mit der übergeordneten Gesamtheit ließ den formalen Herrschaftsgedanken nicht in seiner reinsten Form aufblühen. Diese deutschrechtliche Verankerung des Gemeinschaftsgedankens in der Eigentumsidee hat wohl ihren klarsten Ausdruck in dem auf die göttliche Bindung hinweisenden Grundsatz „Deus heredes facit“, sowie in den Institutionen des Warte- und Beispruchsrechtes [147]) gefunden. Die Ausläufer der letzten Rechtseinrichtung stellen die auf den Stammgütern und Fideikommissen liegenden Bindungen dar, die, in Art. 59 EGBGB. aufrecht erhalten, nach Art. 155 RV. aufzulösen waren [148]). In diesen Instituten, die, wie das ältere Warterecht (vgl. Schwerin, a. a. O. S. 126), zum Teil auch für Mobilien galten, ist ein kennzeichnendes Merkmal enthalten: Mensch und Mensch stehen sich im natürlichsten, im Abstammungsverhältnis gegenüber. Und das formelle Sachherrschaftsverhältnis wird durch das über ihm und in ihm stehende Lebensverhältnis reguliert. Zwar — eine unmittelbare Beziehung zur vorliegenden Frage läßt sich von diesen Gedanken aus nicht herstellen. Das formelle Recht der Mitwirkung bei Verfügungen [149]) kann aber doch nur im Hinblick auf den materiellen Gehalt verständlich werden, der für die Be-

---

[142]) Hübner, a. a. O., S. 241.

[143]) Siehe auch Haff, Institutionen des deutschen Privatrechts, Bd. 1, Stuttgart 1927, S. 107.

[144]) Gierke, a. a. O., S. 356, bes. S. 358.

[145]) Hierzu Gierke, a. a. O., S. 356 ff.; Haff a. a. O., S. 107 f.

[146]) Gierke, a. a. O.

[147]) Vgl. Schwerin, S. 126/7; Planitz, a. a. O., S. 41.

[148]) Preuß. Gesetz vom 23. 6. 1920.

[149]) Hübner, S. 329, bezügl. des älteren Warterechts, S. 332 ff. bezügl. des Beispruchsrechtes hinsichtl. der Liegenschaften.

rechtigten erhalten werden soll. Im Grunde sind es Sozialfunktion und Individualfunktion, die einander widerstreiten und regulieren. „So bildet den Hauptinhalt des Eigentums das Recht zu voller Nutzung der Sache." (Planitz, a. a. O. S. 38). Damit ist aber mittelbar das auf die Substanz gerichtete Individualherrschaftliche als Dominante abgestreift und der materielle Gehalt, der Nutzungsgedanke als Korrektor und gleichberechtigter Faktor mit selbständigen Wirkungen hervorgehoben. Unter diesen Voraussetzungen hat die Beziehung des Eigentümers zur Sache ihren formellen Charakter verloren, ebenso wie auch die materielle Seite nicht allein maßgebend ist. Es wird vielmehr notwendig auf einen Begriff verwiesen, der seinen Inhalt aus der Bedeutung der Sache im Leben des Menschen schöpft.

Daneben erscheint ein weiterer deutschrechtlicher Standpunkt von ganz besonderer Bedeutung. Er richtet sich gegen die Betonung der Substanz, gegen die Meinung, daß die Herrschaft über die körperliche Sache allein maßgebend sei. Das deutsche Eigentum besteht nicht nur an wahrnehmbaren Gegenständen, sondern auch an unkörperlichen Sachen. „Es ist daher kein an die Sinnfälligkeit seines Gegenstandes gebundenes Recht. So gibt es ein Eigentum an liegenschaftlichen Gerechtsamen jeder Art, an Zinsen und Renten und an Vermögensbegriffen" [150]). Es ist selbstverständlich, daß es sich hier nicht um Herrschaft in dem oben I a ausgeführten Sinne handeln konnte. „Dennoch ging die Sonderstellung des Eigentums nicht verloren. Nur daß man sie weniger in der Stärke der Herrschaftsmacht als viel mehr in der inneren Zugehörigkeit der Sache zu ihrem Eigentümer suchte." (Planitz, a. a. O. S. 38.) Die beiden gefundenen Kerngedanken seien noch einmal herausgestellt.

1. Die formell-individuelle Beziehung bestimmt nicht allein das Verhältnis des Eigentümers zur Sache.

2. Die Substanz ist für die deutsche Eigentumsauffassung keine Notwendigkeit. Mit diesem Satz soll nicht etwa das geltende Recht zu korrigieren versucht, sondern lediglich die Möglichkeit aufgezeigt werden, daß ein Eigentum, vorwiegend auf dem materiell-sozialen Element fußend, denkbar ist.

So erscheint es durchaus richtig, wenn Blümel, über Sache und Sachwert als singuläre Erscheinungen hinwegschreitend, nach einem umfassenderen Begriff sucht und diesen in dem Lebensverhältnis zu finden glaubt" [151]). „Sich eine Sache zueignen heißt, das zwischen Eigentümer und Sache bestehende Lebensverhältnis in allen oder einzelnen Beziehungen, insoweit jedoch unter dau-

---

[150]) Gierke, a. a. O., S. 360. Zu beachten ist auch die Anmerkung 40 daselbst. „Man trug kein Bedenken, Ausdrücke wie Dominus, res sua, proprietas, Eigentum u. a. auch in Beziehung auf denjenigen zu verwenden, dem nur ein beschränktes Nutzungsrecht, ein Leibzuchts-, Erbzins-, Pfandrecht zustand." (So Hübner, a. a. O., S. 243.)

[151]) In E. 40, S. 12, finden sich, allerdings noch sehr unklar, Anklänge an die obigen Ausführungen.

erndem Ausschluß des Eigentümers für sich in Anspruch zu nehmen, unter irgendeiner Betätigung des Entschlusses nach außen". Daß Blümel das Lebensverhältnis berücksichtigt wissen will, kann nach den obigen Ausführungen sicher nicht beanstandet werden. Es ist aber auch über den konkreten Inhalt mit der Verwendung des Wortes noch nichts ausgesagt. Die Abschweifung in das deutsche Recht und die von Blümel S. 25 geforderte Anlehnung an dessen Eigentumsbegriff kann doch nur die Bedeutung haben, die Starrheit, die der formalen Auffassung anhaftet, durch die Berücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse zu lösen und diese Momente nicht von vornherein aus der Untersuchung zu bannen. Verwendet man aber den Begriff „Lebensverhältnis" in der Definition und sieht man in ihm den Schwerpunkt, so erhebt sich die neue Frage nach Sinn und Inhalt. Als Antwort würde nur wieder der Hinweis auf die Elemente dienen können, die oben schon herausgestellt wurden. Und wenn nicht schon Erörterungen über die fraglichen Begriffe stattgefunden hätten, so stände man wieder mit dem „Lebensverhältnis" vor einem ziemlich mysteriösen Zueignungsbegriff. Ist denn mit ihm etwas Neues eingeführt, das außerhalb der beiden untersuchten Gruppen steht? Darauf kann nur Nein geantwortet werden. Der Begriff des Lebensverhältnisses umfaßt die Herrschafts- und Wertbeziehung. Beziehungen, die nicht diesen beiden Kreisen angehören, gibt es nicht. Daß das Eigentumsverhältnis ein Lebensverhältnis ist und war, galt es nachzuweisen, um damit den Grund für die Ablehnung einseitiger Formulierungen zu schaffen und die „Kombination" zu rechtfertigen. An die Stelle der beiden konkreten Begriffe jetzt aber dieses aus dem Eigentum herausgeschälte Prinzip setzen, hieße inbezug auf den Begriffsinhalt

1. auf das früher Gebrachte verweisen und

2. die Abgrenzung innerhalb der Sachwertentziehung in Gefahr bringen. Es wurde schon darauf hingewiesen, daß nicht die Wertminderung, sondern nur die Wertentziehung als korrespondierendes Merkmal der Enteignung maßgebend sein kann. Die „Inanspruchnahme" der Sache in einer Beziehung (z. B. durch Gebrauch verbunden mit Wertminderung) würde aber „insoweit" (d. h. hinsichtlich des geminderten Wertes) einen dauernden Ausschluß des Eigentümers zur Folge haben. Daß ein solcher Gebrauch unter das „Lebensverhältnis" subsumiert werden kann, ist unbestreitbar.

Aus diesen Bedenken muß die Folgerung gezogen werden, die einigermaßen festen Fundamente nicht zu verlassen (soweit sie als Elemente des Lebensverhältnisses in ihrer Bedeutung für die strafrechtliche Zueignung infrage kommen) und das aus den obigen Ausführungen sich ergebende Prinzip lediglich als Beweis für die Zusammengehörigkeit von Sache und Sachwert im Zueignungsbegriff anzusehen.

Dieser, die Vergangenheit nicht ignorierenden, wesentlich schärferen Fassung stimmt auch v. Calker zu. Zueignungsabsicht sei die Absicht, die Sache selbst oder ihren wirtschaftlichen Wert,

wenn auch nur vorübergehend, dem eigenen Vermögen zuzuführen [152]). Bezeichnend ist, daß sich v. Calker bewußt von der Einfügung des Dauermomentes abwendet und nur eine Handlung verlangt, die nur eine vorübergehende Wirkung zur Folge zu haben braucht. Leider fehlt eine Begründung für diese Definition. Jedoch liegt, wie man sehen wird, eine enge Anlehnung an das Reichsgericht vor.

Würde man eine Entwicklungsgeschichte des Zueignungsbegriffes nach dem geltenden Strafgesetzbuch schreiben wollen, so würde nur eine Darstellung der reichsgerichtlichen Stellungnahme zu diesem Problem vonnöten sein. Dem RG. ist oft der Vorwurf der Wankelmütigkeit gemacht worden. Bei genauerem Zusehen läßt sich aber eine klare Linie erkennen und sind eindeutige Grundsätze herauszufinden.

Zunächst stellte es sich auf den Boden der Substanztheorie und kam demzufolge zu einer formalen Begriffsbestimmung [153]). Diese Einseitigkeit kann aber nur für einen Teil der ältesten Entscheidungen angenommen werden [154]). Dieser Grundsatz wird langsam durchkreuzt durch Entscheidungen, in denen das Erfordernis der Entziehung der Sachsubstanz nicht erhoben wird [155]). Damit ist der formalen Theorie das Fundament, auf dem sie ihr Primat behaupten konnte, entzogen [156]). Zwar ist die Begründung in dem Bestreben, die Verbindung mit der Substanztheorie nicht zu verlieren, noch sehr bedenklich. Es spricht davon, „daß die Absicht des Knaben bei der Wegnahmehandlung darauf gerichtet gewesen sei, einen bestimmten Teil des Sparkassenbuches, nämlich seiner vermögensrechtlichen Substanz, sich anzueignen“ [157])[158]). Damit ist die Scheidung von der körperlichen Substanz erfolgt und die Wertentziehungsabsicht der Zueignungsabsicht tatsächlich gleichgestellt. Mit diesem wichtigen Schritt verbunden war die Überbrückung eines anderen Gegensatzes, desjenigen zwischen Inhaber- und Legitimationspapieren, in dem das RG. sich auf die einfache Rechtsüberzeugung des Laien berief und in Bd. 26 S. 152 von der tatsächlichen Annäherung der Sparkassenbücher an die Inhaberpapiere spricht. Man sieht — auch hier immer noch ein Hinneigen zur Substanz, aus der man sich die Berechtigung zu einer grundsätzlich anderen Entscheidung holt. Damit war aber im Grundsatz der Weg geebnet zu den Erkenntnissen, die sich in klarerer Weise der Sachwerttheorie zuwandten. So verlangten E 40, S. 12; 47 S. 149 die Zuführung des Wertes in das Vermögen des Täters. Ganz eindeutig erkennt E 62 S. 174 die Berechtigung der Sachwerttheorie an. „Er (der Täter) hat damit

---

[152]) a. a. O., S. 143.
[153]) z. B. E 12, S. 90, 11 S. 18.
[154]) Vgl. hierzu Zimmer, a. a. O., S. 39; Schaffstein 303.
[155]) So in Bd. 22, S. 3, E 10, S. 370.
[156]) Vgl. Gleispach, a. a. O., S. 34 ff.; Zimmer S. 47 f.
[157]) Bd. 22, S. 2 (7. März 1891).
[158]) Vgl. hierzu die Kritik von Zimmer, S. 47 und die Ausführungen Schappeis a. a. O., S. 43.

wirtschaftlich diese Gelder für sich verwendet, sie mindestens dem Sachwert nach in sein Vermögen überführt und sich zugeeignet". In demselben Sinne äußert sich E 61, S. 233. In dieser Entscheidung fällt eine Wendung besonders auf. Es heißt dort: „Wer, ohne das eigene Vermögen zu ändern, eigenmächtig über die Sache verfügt, eignet sie nicht sich zu, nützt ihren wirtschaftlichen Wert nicht für sich aus." Diese Formulierung mit dem Änderungsmoment weist darauf hin, daß das Vermögen ein mit den Sinnen wahrzunehmendes Ganzes sein soll, ein „ziffernmäßig festzustellendes Ganzes" [159]). Zwar hat das RG. den Vermögensbegriff in der Zueignungsdefinition vielfach verwendet. Aus der obigen Fassung in Verbindung mit E 49 S. 12/13, nach der der Wert sich nach der Schätzung bestimmen soll, die die Sache im Wirtschaftsleben findet, geht aber hervor, daß das RG. hinsichtlich des Vermögensbegriffes auf dem Standpunkt der herrschenden Lehre steht: Geldwert und Vermögensbegriff sind miteinander zu verknüpfen [160]). Damit ist der Schluß zulässig, daß das RG. innerhalb der Sachwerttheorie auf dem Boden der objektiven Wertlehre steht. Abgesehen von den Bedenken, die oben (S. 39 ff.) erhoben wurden, muß gegen das Merkmal „in das Vermögen bringen" noch folgender Einwand erhoben werden. „Ein geldwertes Gut ist im Vermögen jemandes, wenn es ihm gebührt", sagt Paulus [161]) im Anschluß an Frank [162]), Gerland [163]), Wachenfeld [164]) u. a. Es muß die Möglichkeit, darüber zu verfügen, auf „dem Rechte beruhen" [165]). Da die Zueignung [166]) zwar die Möglichkeit der Verfügung gibt, diese Möglichkeit aber wider Willen des Rechtes entstanden ist, so kann die zugeeignete Sache niemals Bestandteil des Vermögens werden. Es ist daher keineswegs richtig, wenn man den Vermögensbegriff in Beziehung zum Zueignungsbegriff setzt. Sauer [167]) und ihm folgend Schaffstein [168]) wollen darin das Dauermoment ausgedrückt finden, durch das die Abgrenzung vom furtum usus erfolgen soll. (Gegen diese Annahme schon oben S. 20). Für die stereotype Verwendung dieses Begriffes [169]) scheinen vielmehr die objektive Wertauffassung des RG. und die Tradition maßgebend zu sein, die wiederum beeinflußt worden ist durch die umfassende Untersuchung Dörrs in der an-

[159]) Siebert, a. a. O., S. 33.

[160]) Siehe hierüber Paulus, a. a. O., S. 12 ff.; Siebert 32 f.

[161]) a. a. O., S. 12.

[162]) § 263 V, 3.

[163]) a. a. O., S. 560 ff.

[164]) a. a. O., S. 404.

[165]) Frank, § 263 V, 3.

[166]) Es ist zu beachten, daß die Auffassung des RG. in diesem Punkt mindestens nicht klar genug hervortritt, da es in E 61, S. 233 heißt: „Auf eine Bereicherung kommt es nicht an." Das ist mit Rücksicht auf die vom RG. vertretene Sachwerttheorie unrichtig, stimmt aber mit der ebenfalls vertretenen Sachtheorie überein.

[167]) a. a. O., S. 81.

[168]) Ger. S. Bd. 103, S. 307.

[169]) Hierzu vgl. auch Paulus S. 13.

geführten Abhandlung und die häufige zweideutige Verwendung des Vermögensbegriffes in der Wissenschaft. Diese Ansicht wird durch eine neuere Erkenntnis gestützt.

In E 64, S. 259 vom 30. Juni 1930 heißt es: „Die Absicht des Diebes geht vielmehr dahin, den Sachwert des zu entwendenden Gegenstandes dem Vermögen des Berechtigten dauernd zu entziehen und ihn dem eigenen Vermögen zuzuführen." Daraus ist zu schließen, daß das RG. das Dauermoment auf der negativen Seite stillschweigend als selbstverständlich auffaßte und ihm eher eine Abgrenzung von der Sachbeschädigung vorschwebte in dem Sinne, daß die Sache in die Interessensphäre des Täters überführt werden müsse [170]). Jedenfalls wäre es verdienstlich, den Begriff des Vermögens in den Zueignungsdefinitionen nicht mehr zu verwenden, ihn aber wenigstens auf der sog. positiven Seite fallen zu lassen.

Zusammenfassend kann also gesagt werden, daß der höchste deutsche Gerichtshof im Sachwert nach objektivem Maßstabe ein Zueignungsobjekt sieht. Das Charakteristische der reichsgerichtlichen Stellungnahme liegt aber nun darin, daß mit der Aufnahme des Sachwertes in die Begriffsbestimmung nicht zugleich eine Aufgabe der formalen Auffassung verbunden ist [171]). Nach E 51, S. 97 soll die Frage, ob die Sache Diebstahlsobjekt sei, nicht davon abhängen, daß die Sache einen Wert hat. Gehören somit auch wertlose Sachen zu den Zueignungsobjekten, so können diese nur von einem Begriff erfaßt werden, der nicht lediglich auf dem Boden der Sachwerttheorie gebildet wurde. In E 65, 147 spricht das RG. davon, daß das Eigentum des Berechtigten dadurch verletzt würde, daß der Täter die Sache in das eigene Vermögen brächte. Und an vielen anderen Stellen wird von Verfügungen über die Sache gesprochen [172]). Keinen Zweifel daran, daß das RG. in den beiden behandelten Theorien eine Einheit sieht, läßt die E 61, S. 233, nach der die Sache selbst oder ihr wirtschaftlicher Wert vom Täter dem eigenen Vermögen einverleibt werden soll. Damit ist eine Entwicklung angebahnt, deren Ausgangspunkte immer schon offenlagen. Und es wäre zu wünschen, daß die Wissenschaft den Anforderungen der Praxis gerecht zu werden versuchen würde.

Nach der Bejahung der Frage, ob Sache und Sachwert als nebeneinanderstehende Bestandteile im Zueignungsbegriff erscheinen dürfen und sollen, muß nun noch ihre Stellung und ihr Verhältnis zueinander im Begriff einer kurzen Untersuchung unterzogen werden. Läßt man lediglich die Sache Zueignungsobjekt sein, so ergeben sich die gerügten Fehler. Mit der alleinigen Aufnahme des Sachwertes kann man sich ebenfalls nicht zufrieden-

---

[170]) Vgl. z. B. E 61, S. 233. Besonders vgl. die Verwendung des Vermögensbegriffes in der E vom 30. Oktober 1933, DJZ. 1934, Heft 5, S. 342, die wieder mehr für die Ansicht Schaffsteins zu sprechen scheint.

[171]) Das Verdienst, hierauf hingewiesen zu haben, gebührt Schaffstein, a. a. O., S. 304 f.

[172]) So in E 63, S. 378 u. E 64, S. 259 v. 30. 6. 1930.

geben. Erscheinen aber Sache und Sachwert ohne Bedeutungsabstufung, so erheben sich zwei Fragen, bei denen sich die zweite aus der Beantwortung der ersten ergibt:

1. Unter welches Merkmal soll im konkreten Fall subsumiert werden?

2. (Im Falle einer Bedeutungsabstufung.)

Welchem Merkmal soll aus rechtspolitischen Gründen eine primäre Stellung eingeräumt werden?

Ad 1. Schaffsteins Definition, die er im Anschluß an die Rechtsprechung des RG. aufgestellt hat, sei vorangestellt [173]): „Zueignung ist danach die Ausübung der Eigentümerbefugnisse über eine Sache oder die Ausnutzung ihres Wertes, wenn sie erfolgen unter gleichzeitigem dauernden Ausschluß des Berechtigten von der Sachsubstanz oder dem Sachwert."

Durch das Wort „oder" ohne einschränkenden Zusatz sind Sache und Sachwert gleichberechtigte Zueignungsobjekte im Zueignungsbegriff geworden. Wahrscheinlich war Schaffstein von dem Gedanken ausgegangen, daß das, was nicht unter „Sache", so doch unter „Sachwert" und umgekehrt subsumiert werden könnte, um so die bestehenden Zweifelsfälle und Streitfragen aus dem Wege zu räumen. Diese Hoffnung ist jedoch vollständig unbegründet. Wenn A eine Sache in Zerstörungsabsicht wegnimmt, liegt dann Zueignungsabsicht vor? Wir haben oben S. 10 gesehen, daß die formale Lehre nicht zu einer begrifflichen Scheidung kommen kann. Gewiß aber ist, daß ebenso der Begriff der Eigentümerbefugnis [174]) derselben Beurteilung unterliegt. Die Behauptungen Saerbecks und Krebs' (vgl. oben S. 6) würden auch durch die Schaffsteinsche Definition nicht umgangen. Denn — solange eine Handlung unter dem Begriff subsumiert werden kann, solange liegt Zueignung vor. Die „Ausübung der Eigentumsbefugnisse" umfaßt sowohl die Zerstörung wie den Gebrauch. Zwar ist hier eine Unterordnung unter die Ausnutzung ihres Wertes nicht möglich, aber auch nicht notwendig. Das Sachwertmerkmal korrigiert die Fehler der Formaltheorie keineswegs, weil die Forderung nach einer Doppelsubsumtion falsch wäre. Andererseits würden die Mängel der Sachwerttheorie dadurch beseitigt, daß eine Unterbringung unter die umfassendere formale Bestimmung möglich und zulässig ist. (z. B. bei wertlosen Sachen, vgl. oben S. 64ff.).

Ad 2. Die erforderliche Begriffsreinheit ist also auch bei der Aufnahme von Sache und Sachwert als Zueignungsobjekte in den Begriff noch nicht vorhanden. Die formale Auffassung hat in dem Einheitsbegriff ihre selbständige, fehlerhafte Funktion behalten. Das gibt Schaffenstein a. a. O. S. 313 zu. Die Zerstörung sei ein Zueignungsdelikt. § 303 und §§ 242, 246 ständen im Verhältnis

---

[173]) a. a. O., S. 310.

[174]) Gegen die Verwendung des Ausdrucks „Ausübung der Eigentümerbefugnis" (ebenso Lizt-Schmidt a. a. O., S. 617), vgl. Tänzler, a. a. O., S. 14. Dadurch ist ein oft beanstandeter Ausdruck übernommen.

der Alternativität zueinander. Gegenüber der Zueignung des § 246 käme dann die Sachbeschädigung in Wegfall. Das würde aber doch letzten Endes darauf hinausführen, jede im Gewahrsam befindliche Sache vor der Zerstörung durch § 246 schützen zu lassen. Wenn A einen geliehenen Gegenstand aus Haß vernichtet, liegt Zerstörung und nicht Zueignung vor, kommt also § 303 in Anwendung. Die durch das Strafgesetz gewollte Zueignung soll aber durch die Definition bestimmt werden, d. h. außerhalb von § 246 liegende Fälle müssen ausgeschlossen werden[175]). Es wäre auch sicher für den Zueignungsbegriff förderlicher gewesen, wenn Schaffstein das Dauermoment in seiner subjektiven Bedeutung in den Begriff eingefügt hätte. (vgl. die Ausführungen darüber oben S. 13 ff.). Es wurde schon gezeigt, daß v. Calker sogar lediglich eine vorübergehende objektive Zueignungswirkung genügen läßt.

Mit Rücksicht auf diese Punkte muß der Begriff gefaßt werden. Es ist doch wenig fruchtbar, bewußt Fehler in eine neue und verbessernde Einheitsdefinition hinüberzunehmen, die die schwierigen Grenzfälle nicht zu meistern vermag. Es seien noch einmal diejenigen Punkte, die nach den bisherigen Untersuchungen für die Zueignungsbegriff wesentlich sind, also notwendig in ihm wiederkehren müssen, wenn der Begriff in seiner Bedeutung für das praktische Rechtsleben die Zueignungshandlungen von anderen Handlungen abgrenzen soll, zusammengefaßt.

1. Der Begriff muß sowohl die Substanz wie die Wertzueignung umfassen.
2. Er muß sich von der Zerstörung dadurch abgrenzen, daß der Handlungszweck bei dem formalen Bestandteil des kombinierten Zueignungsbegriffes berücksichtigt wird.
3. Er muß das Moment der Dauer in subjektiver Bedeutung als Merkmal in sich aufnehmen.

Der Begriff muß demnach lauten: Wer durch eine Handlung (siehe Abschnitt II) die tatsächliche Herrschaft zu einem der Natur der Sache nach möglichen und positiven Zweck über eine Sache oder den Wert der Sache erlangt, jeweils mit dem Willen, den Berechtigten von der Sache dauernd auszuschließen, eignet sich zu.

Die Abgrenzung von der Zerstörung geschieht bei der ersten Alternative durch die Aufnahme des Zweckmomentes. Der Maler, der eine fremde Leinwand übermalt, hat die tatsächliche Sachherrschaft in der Form einer Zerstörung immer zu einem der Natur

---

[175]) Zimmer versucht, a. a. O., S. 97 ff., die Abgrenzung mit psychologischen Mitteln. Die Vorstellung von der Unversehrtheit der Sache sei im Falle der Zueignung lustbetont, im Falle der Zerstörung unlustbetont. Das mag regelmäßig zutreffen, ist aber für eine tatsächliche und sachliche Scheidung von Zueignung und Zerstörung nicht geeignet, da das objektive Kriterium fehlt.

der Sache nach möglichen und positiven Zweck ausgeübt. Er hat sich zugeeignet. Wer Schokolade in einen Teich wirft, zerstört, wer sie ißt, eignet sich zu. Es soll aber noch einmal hervorgehoben werden, daß sich diese Einschränkung nicht begrifflich aus der tatsächlichen Sachherrschaft ergibt, sondern daß sie ein Zugeständnis an den Willen des geltenden Strafgesetzbuches bedeutet.

Der formale Definitionsbestandteil hat für den Fall, daß eine wertlose Sache vorliegt, seine eindeutige, die Werttheorie berichtigende Funktion behalten. Die Abgrenzung vom Gebrauch geschieht durch die Aufnahme des Merkmals der Entziehungsabsicht, das sowohl für die formale wie auch für die Werttheorie gilt.

II. Die Form der Zueignung. (Handlung oder Entschluß.)

Bezüglich der Form der Zueignung besteht seit langem Uneinigkeit über eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung, die aber wegen der klaren Stellungnahmen und der eindeutigen Entscheidungsmöglichkeiten nur einer kurzen Behandlung bedarf. Mit ihr soll diese Untersuchung geschlossen werden.

Zwei Meinungen stehen sich gegenüber: Die einen verlangen zur Zueignung eine Handlung, die andern lassen einen Entschluß genügen. Diejenigen Schriftsteller, die unter Zueignung objektiv Schaffung eines tatsächlichen Herrschaftsverhältnisses = Gewahrsam sehen [1]), müssen dann in den Fällen, in denen der Zueignende den Gewahrsam ohne strafbare Handlung erlangt hat, (wenn sie nicht zur Aufstellung eines weiteren objektiv bestimmten Begriffes schreiten wollen) nur ein Element zur Herstellung des Eigentümerverhältnisses genügen lassen: Den Willensentschluß [2]).

Von den Anhängern der Formaltheorie sind es außer Höpfner noch besonders Wachenfeld [3]) und Eckstein [4]), die sich hierzu bekennen [5]). Die vollständige Unhaltbarkeit dieser Ansicht geht indirekt aus einer Entscheidung des RG. hervor und wird durch die Ausführung der genannten Schriftsteller selbst bestätigt. In E 3 S. 286 heißt es, daß im Falle der Unterschlagung für die Zueignung keine äußere „Manipulation" erforderlich sei. Andererseits g e n ü g e der innere Wille zur Zueignung n i c h t. Der Wille müsse z. B. durch Äußerungen des Besitzers an die Außenwelt treten. Die hier fehlende Eindeutigkeit resultiert aus der Nichtbeachtung der subjektiven und objektiven Momente, durch die das Wesen jeder menschlichen Tätigkeit bestimmt wird. Nach Wachenfeld, a. a. O., braucht die Zueignung nicht wahrnehmbar zu sein.

---

[1]) Der Verfasser stellt sich auf den Standpunkt der herrschenden Meinung, die den Gewahrsam als positiv-rechtlich geforderte Voraussetzung für die Zueignung ansieht. Danach ist der Gewahrsam nicht Bestandteil des Begriffes selbst und hat aus der Untersuchung auszuscheiden. Den Gewahrsam als Voraussetzung der Zueignung nehmen u. a. an: Frank, a. a. O., § 242 VIII; Gerland, a. a. O., S. 605; Saerbeck, S. 69/70; Schappei, S. 60; Liszt-Schmidt §§ 127, 131; RG. in E. 42, 420. 53, 302. A. M. Binding, Normen II 2 1043, Lehrb. 1 S. 275. Krebs, S. 78 ff. u.a.

[2]) Höpfner, a. a. O., S. 124.

[3]) Holzendorffs Enzyklopädie der Rechtswissenschaften, 7. Aufl., herausgegeben v. Kohler, Bd. 2, 303.

[4]) Ger. S. Bd. 80, S. 298.

[5]) Vgl. über Wachenfeld Gleispach, S. 43.

Das, woraus sie erkenntlich würde, sei nur Indiz. Eckstein a. a. O. fühlt anscheinend die Unzulänglichkeit und nennt die Zueignung einfach eine Handlung, deren Gehalt aus dem Fassen des animus dominandi bestände [6]). Zu halten vermag Eckstein diese Ansicht allerdings nicht, da er noch eine Betätigung verlangt, die erst Gegenstand der Bestrafung sei [7]). Krebs, der grundsätzlich wirtschaftlich orientiert ist, schließt sich dieser Lehre an und glaubt, diese im Gegensatz zu Eckstein folgerichtig durchzuführen. Wenn es a. a. O. S. 40 heißt, die „Fassung des Verwertungswillens" (=Zueignung)[8]) sei eine Handlung, mit ihr sei die Zueignung vollendet und der Gegenstand der Bestrafung geschaffen, so geht daraus zwar das Bestreben hervor, im Einklang mit den herrschenden strafrechtlichen Grundsätzen zu bleiben. Der Vorwurf muß aber erhoben werden, daß hier eine Auffassung und Ausdehnung des Handlungsbegriffes in gänzlich unmöglicher Weise vorgenommen wird. Damit geben doch Krebs und Eckstein zu, daß die Handlung eine strafrechtliche Notwendigkeit ist. Auf die Verwendung des Wortes kann es jedoch unmöglich ankommen. Bei richtiger Interpretation des Handlungsbegriffes richtet sich dieser vielmehr gegen die genannte Lehre selbst. Ganz unverständlich wird es dann, wenn Krebs S. 40 [9]) bestreitet, daß das Strafrecht Straffolgen nur an eine Willensbetätigung knüpft. Handlung ist ein Tun oder Unterlassen [10]), ein Verhalten, das in der Außenwelt eine Veränderung hervorruft [11]), nicht aber, was die Welt des Seins in ihrem gegenwärtigen Status unberührt läßt. Insofern ist die Verwendung des Handlungsbegriffes in den Ausführungen Krebs' geradezu falsch. Etwas, was nicht ist, also nicht durch Wahrnehmung in unseren Erkenntnisbereich treten kann, ist für den Menschen, für den Gesetzgeber und damit für den Richter bedeutungslos. Ein immer nur dem Täter bewußt werdender Vorgang seiner Innenwelt kann niemals Gegenstand der Wahrnehmung ihm neben- oder übergeordneter Subjekte sein. Die Geltung des Satzes „nemo cogitationes poenam patitur" sollte nicht in Zweifel gezogen werden [12]). Krebs glaubt auf Grund des früheren § 140 St.G.B. zu einem positiv-rechtlichen Gegenargument gelangen zu können. Seine Auslegung dieser Bestimmung ist aber offensichtlich unrichtig. Der Absatz 1 des § 140 lautete: „Wegen Verletzung der Wehrpflicht wird bestraft:

1. ein Wehrpflichtiger, welcher in der Absicht, sich dem Eintritte in den Dienst des stehenden Heeres oder der Flotte zu entziehen, ohne Erlaubnis entweder das Bundesgebiet verläßt oder nach erreichtem militärpflichtigen Alter sich außerhalb des Bundesgebietes aufhält . . .'.

---

[6]) Vgl. hierzu die Kritik Krebs's, S. 36.
[7]) a. a. O., S. 299.
[8]) a. a. O., S. 45.
[9]) Bei der Ablehnung der Inkonsequenz Ecksteins.
[10]) Lobe, Leipz. Komm. Einleitung III, 1.
[11]) Liszt-Schmidt a. a. O., S. 152 u. 640.
[12]) Vgl. zu diesem Satz Graf Gleispach, a. a. O., S. 41 und Krebs a. a. O.

Krebs meint [13]), der Täter, der sich, um der Dienstpflicht zu entgehen, im Auslande aufhält, betätige diese Absicht nicht. Trotz oder wegen dieser Nichtbetätigung würde er bestraft. Wäre diese Auslegung richtig, so würde der Gegenstand der Bestrafung lediglich ein psychischer Vorgang sein. Es heißt aber: „Wer sich außerhalb des Bundesgebietes aufhält in der Absicht usw." Der Aufenthalt ist eine Betätigung, die der Absicht dient, auch dann, wenn diese Absicht erst später hinzugekommen ist.

Der logische Fehler in der Krebs'schen Auffassung tritt klar hervor, wenn man sich das eine Betätigung darstellende Tatbestandsmerkmal „Aufenthalt" als nicht vorhanden vorstellt. Und wenn der militärpflichtige A diese Absicht erst nach dem begonnenen Aufenthalt hat, so ist die Fortsetzung des Aufenthaltes zu dem genannten Zweck der Gegenstand der Bestrafung.

Schließlich muß auch Krebs vor den Schwierigkeiten, die seine Entscheidung bereitet, wenn auch uneingestanden, kapitulieren. Der Vorwurf, den er Eckstein macht, weil dieser den Entschluß notwendig noch nicht Gegenstand der Bestrafung sein lassen kann [14]), fällt auf ihn selbst zurück, da er dem Indiz die ausschlaggebende Rolle zuweisen will [15]). Dieses Indiz ist, wenn es nicht zugleich die erforderliche Willensbetätigung ist [16]), doch immer Handlung. Damit ist zwar die begriffliche Scheidung aufrecht erhalten. Dennoch wird die rein formale Trennung gegenüber der entscheidenden Stellung des Indizes bedeutungslos [17]). Wie, wenn ein Indiz erst, z. B. der Verbrauch von ein Paar Schuhen, nach 5 Jahren folgen würde? Dann wäre eine Strafverfolgung gemäß § 67 Abs. 2 Str.G.B. ausgeschlossen, da das Vergehen der Zueignung schon vor 5 Jahren vollendet war. Das sind die letzten nicht beachteten Folgerungen dieser Lehre. Hinzu kommt ein Verstoß gegen den Aufbau des Tatbestandes. Ist Zueignung Herrschaftsentschluß (Höpfner) oder Verwertungsentschluß (Krebs), dann sind subjektiver und objektiver Tatbestand zur Einheit geworden. Denn der Vorsatz hat sich auf die Tatbestandsmerkmale zu erstrecken. Damit nimmt der Vorsatz den Zueignungsentschluß in sich auf. Was in den objektiven Tatbestandskreis gehört, ist in den subjektiven hinübergeglitten [18]), was subjektive Voraussetzung sein soll, ist zugleich Vollendung. Gerade hier wird die Fehlerhaftigkeit der bekämpften Meinung erkenntlich, der es ebenfalls unmöglich sein wird, den Versuch, der nach § 246 Abs. 3 Str.G.B. strafbar ist, zu bestimmen [19]). Der

---

[13]) Krebs, a. a. O., S. 41.

[14]) Eckstein, a. a. O., S. 299.

[15]) Krebs, a. a. O., S. 47 bis 87.

[16]) Siehe auch Gleispach, a. a. O., S. 41.

[17]) Ebenso Wachenfeld, a. a. O., S. 303: „Alle die Handlungen sind Indizien für die Zueignung, nicht diese selbst.

[18]) Vgl. Gleispach, S. 42.

[19]) Zimmer, a. a. O., S. 17.

Anfang eines Entschlusses ist praktisch unabgrenzbar. Der Anfang einer Indizhandlung kann nach der Vergehensvollendung nur unmaßgeblich sein.

Zu der abgelehnten Auffassung bekennt sich auch Finger. Die Zueignung sei ein der Innenwelt angehörender Vorgang[20]). Für die strafrechtliche Relevanz sei jedoch erforderlich, daß der Vorgang „in irgendwelchen Symbolen erkennbar" zutage trete. Wenn aber die Zueignung ein innerer Vorgang ist, so haben alle in der Außenwelt diesen Vorgang realisierenden Handlungen (Symbole) nur Indizcharakter. Damit sind insbesondere die Gedankengänge von Eckstein und Krebs wiederholt.

Positiv sei festgestellt, daß die Zueignung nach § 246 eine Handlung erfordert. In der neueren Literatur ist ein überwiegendes Bekenntnis zu diesem Ergebnis festzustellen, wenn auch die Formulierungen voneinander abweichen. So verlangt Saerbeck ein „äußerlich erkennbares Verhalten". (Ebenso Siebert, S. 74). Blümel fordert in seiner Definition den Entschluß und die Entschlußbetätigung (siehe oben). Die vorstehende Kritik kann nicht in vollem Umfange für den Begriff Blümels gelten, weil die Zueignung nicht im Entschluß, sondern in der Verwirklichung beider Merkmale liegen soll. Gerechtfertigt ist diese Scheidung aber ebenfalls nicht, sowohl aus den schon angeführten Gründen, wie auch wegen der Tatsache, daß jede Betätigung im Rahmen des § 246 nur dann relevant sein kann, wenn der Wille des Handelnden sie umfaßt. Andernfalls kann nur von Reflexbewegungen die Rede sein. Die besondere Hervorhebung ist daher wegen der aus dem Handlungsbegriff hervorgehenden Selbstverständlichkeit ohne Bedeutung. Mit der Bejahung der Handlung in ihrer umfassenderen Bedeutung (Tun und Unterlassen) muß auch die Möglichkeit der Begehung der Zueignung durch Unterlassen bejaht werden, mit der Maßgabe, daß sich diese Möglichkeit nach den „allgemeinen Lehren über unechte Unterlassungsdelikte" bestimmt[21])[22]).

---

[20]) a. a. O., S. 635.

[21]) Siehe auch RGE. 63, 378.

[22]) Eine Handlung verlangen ebenfalls: Schappei, S. 58; Heinrichs, S. 21; Tänzler, S. 26; Frank, § 242 III; Gleispach, S. 36 ff.; Gerland, S. 605; Allfeld, S. 436; Olshausen, § 246, Nr. 11; v. Calker, 143; Staudinger, S. 270; Schmidt, S. 205; Liszt-Schmidt, S. 640; Lobe, § 246, 2; RGE. 42, 43; 55, 146; 65, 147; auch v. Hippel, Lehrbuch a. a. O., S. 249: Durchführung des Entschlusses.

Lebenslauf.

Am 24. Juli 1908 wurde ich in Hagen als Sohn des Polizeiwachtmeisters Eduard Feldscher und seiner Ehefrau Emilie, geb. Westphal, beide ev. Konfession, geboren. Nach dem Besuch der ev. Volksschule in Boele bei Hagen und des Realgymnasiums in Castrop-Rauxel bestand ich dort Ostern 1930 die Reifeprüfung. Ich widmete mich darauf sieben Semester dem Studium der Rechtswissenschaften und zwar ein Sommersemester an der Universität in Berlin, ein Wintersemester an der Universität in Königsberg und fünf Semester an der Universität in Münster. Am 11. November 1933 bestand ich vor der Prüfungskommission am Oberlandesgericht in Hamm die Referendarprüfung. Nach dem Eintritt in den Justizdienst am 1. 1. 1934 wurde ich am 1. Juni 1935 zum Regierungsreferendar ernannt. Ich war bisher am Amtsgericht in Wesel, am Landgericht in Duisburg, an der Regierung in Münster, am Landratsamt in Borken und am Landratsamt in Lübbecke tätig.

Die mündliche Doktorprüfung hat am 2. Mai 1935 stattgefunden.